This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HDI
HL 0Y1X 4

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Apr. 30, 1902

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Mecklenburg-Schwerin. Oberappellationsgericht

Entscheidungen

des

Großherzoglich Mecklenburgischen Oberappellationsgerichts zu Rostock.

Neunter Band.

Neue Folge. Vierter Band.

Herausgegeben

von

Dr. Johann Friedrich Budde.

Wismar, Rostock und Ludwigslust.
Druck und Verlag der Hinstorff'schen Hofbuchhandlung.
1879.

Digitized by Google

Rec. Apr. 30, 1902.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniss.

I. Civilproceß.

Seite

1. Forum für die Ableistung des Manifestationseides 1
2. Klagenhäufung 2
3. Provocatio ad agendum 4

II. Privatrecht.

A. Allgemeine Lehren.

4. Gebäudepertinenzien 8
5. Selbsthülfe zum Schutze des Rechtsbesitzes einer Grunddienstbarkeit 13
6. Zur Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ... 18

B. Sachenrecht.

7. Zum Nachbarrechte 22
8. Ersitzung von Servituten an städtischen Grundstücken 23
9. Ersitzung von Gebäudeservituten nach Lübischem Rechte 25
10. Ueber die Annalverjährung des Lübischen Rechts (Stat. rev. Art. 2 I. 8) 32
11. Verhältniß einer eingetragenen Gutsschuld zu der unterliegenden Obligation 35
12. Beitrag zur Auslegung der rev. ritterschaftlichen Hypothekenordnung vom 18. October 1848. (§ 4 und § 32) 45
13. Pfandprivileg wegen versio in rem. Haftung des Pfandes für rückständige Zinsen und für die auf die Beitreibung der Pfandschuld verwendeten Proceßkosten. Usurae ultra alterum tantum 51
14. Lex commissoria beim Pfandvertrage 60

Digitized by Google

C. Obligationenrecht.

		Seite
15.	Schriftliche Verträge der Analphabeten	63
16.	Verträge zu Gunsten Dritter	66
17.	Schenkung unter Ehegatten	70
18.	**Laesio enormis**	79
19.	**Negotiorum gestio**	86
20.	Spielschuld	90
21.	**Condictio indebiti**	96
22.	Verjährter Wechsel. Anspruch aus dem der Ausstellung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte, bezw. aus § 83 der Wechselordnung	116
23.	Verpflichtung zur Erstattung des Wildschadens	122
24.	**Operis novi nunciatio**	132
25.	**Actio Pauliana**	135
26.	**Actio de pauperie. Actio legis Aquiliae**	140
27.	**Actio legis Aquiliae.** Rostocker Stadtrecht, Art. 2, Thl. I., Tit. 3	142
28.	Zur Auslegung der Verordnung zur Verhütung von Unglücksfällen beim Gebrauche von Maschinen, d. d. 13. October 1875	146
29.	Zur Lehre von der Intercession	152

D. Familien- und Erbrecht.

30.	Legitimation durch nachfolgende Ehe	155
31.	Nichtigkeit der Ehe wegen wahlentscheidenden Irrthums	163
32.	Uebergang der Dotalprivilegien auf die Concursgläubiger einer noch lebenden Ehefrau. **Augmentum dotis**	167
33.	**Poena secundarum nuptiarum**	174
34.	**Cura prodigi**	183
35.	Zur Erbenlegitimationsordnung vom 30. Mai 1857	186
36.	**Testamentum parentum inter liberos**	188
37.	Zur Lehre vom Pflichttheil	198
38.	Zur Lehre von den Vermächtnissen. (Anwachsungsrecht. Widerruf)	206

III. Staats- und Kirchenrecht.

39.	Predigerwittwenhaus	230

Digitized by Google

I. Civilprocess.

1. Form für die Ableistung des Manifestationseides. Te. 358/1874.

Der Vormund der minorennen Tochter und Erbin des Gastwirths T. in D. forderte von der väterlichen Großmutter seiner Curandin die Ableistung des Manifestationseides über den Nachlaß ihres Sohnes. Sie hatte während der letzten Lebensjahre des Erblassers dessen Wirthschaft geführt, war auch nach seinem Tode noch eine Zeitlang im Hause geblieben und hatte dann ihren Wohnsitz nach W. verlegt. Der Implorant beantragte die Eidesabnahme beim Gerichte in W., wurde aber an das Erbschaftsgericht in D. verwiesen. Auf seine Beschwerde wurde durch Bescheid vom 17. September 1874 das Gericht W. für zuständig erklärt.

Gründe:

Wenn es gleich richtig ist, daß der Manifestationseid nicht den Gegenstand einer besonderen Klage bildet, vielmehr als ein Beweismittel aufgefaßt werden muß,

Wetzell, System des Civilprocesses § 28 Seite 299 der dritten Auflage,

so folgt doch gerade daraus, daß der Antrag auf Ableistung desselben bei dem Gerichte anzubringen ist, welches für den mittels einer Klage verfolgbaren, durch den Eid festzustellenden Hauptanspruch zuständig sein würde. In dem gegenwärtig zu entscheidenden Falle liegt die Imploration des Querulanten offenbar ganz außerhalb des Bereiches der in foro hereditatis unter den Erbschaftsinteressenten zu beschaffenden Nachlaßregulirung, sie ist gegen eine dabei persönlich unbetheiligte Person gerichtet, gegen welche der Verdacht der Veruntreuung von

Digitized by Google

Nachlaßobjecten erhoben wird, und gründet sich auf die Voraussetzungen der Erbschaftsklage, welche zweifellos nicht vor das Erbschaftsgericht als solches, sondern vor das ordentliche persönliche Gericht der beklagtischen Partei gehört. Der Querulant behauptet, die Querulatin, Mutter des Vaters und Erblassers seiner Curandin, habe diesem ihrem Sohne während seines Wittwerstandes bis an sein Lebensende die Wirthschaft geführt, auch bei und nach seinem Tode den in seiner Wohnung befindlichen Nachlaß in ihrer ausschließlichen Obhut gehabt, sucht sodann wahrscheinlich zu machen, daß das in ihrer Gegenwart vom Nachlaßgerichte aufgenommene Inventar nicht vollständig sei und knüpft daran die Vermuthung, daß die Querulatin Nachlaßobjecte abhanden gebracht habe, welche sie ohne Rechtstitel, mithin pro possessore in Besitz genommen haben würde und auf Grund einer wider sie zu erhebenden hereditatis petitio herausgeben, beziehungsweise ersetzen müßte. Er behauptet ferner, die Querulatin habe ihren Wohnsitz inzwischen von D. nach W. verlegt, und hat somit Alles angeführt, was nach obigen Grundsätzen erforderlich ist, die Competenz der W.'schen Gerichte zu begründen.

---

2. Klagenhäufung. Ko. $1463/_{1874}$.

Der Kaufmann K. in S. erhob gegen die Wittwe des Schmieds K. in G. eine Erbschaftsklage aus einem vom Ehemann der Beklagten errichteten öffentlichen Testamente, in welchem der Kläger zu $^3/_4$, die Beklagte zu $^1/_4$ instituirt war. Beantragt wurde, daß die Beklagte, welche auf Grund eines zwar älteren, aber wechselseitigen und deshalb von ihr als maßgebend betrachteten Testaments den ganzen Nachlaß pro herede besitze, verurtheilt werde, den Kläger als Miterben anzuerkennen und ihm $^3/_4$ des Nachlasses nach einem von ihr zu errichtenden, durch den Manifestationseid zu bestärkenden In-

Digitized by Google

ventar herauszugeben. Mit dieser Erbschaftsklage war eine Singularklage verbunden, gegründet auf die bescheinigte Behauptung, daß der Kläger dem Erblasser mehrere zinsenlose Vorschüsse im Gesammtbetrage von 2557 Thlr. gemacht habe, welche vereinbarungsgemäß aus dem Nachlasse restituirt werden sollten. Aus diesem in der Person des Erblassers entstandenen Schuldgrunde beanspruchte er principaliter, daß die Beklagte den ihrer anerkannten Erbquote entsprechenden Schuldantheil, event., falls er mit seiner Erbschaftsklage nicht durchdringen möchte, daß sie als alleinige Erbin die ganze Schuld bezahle. In ihrer principalen Richtung war diese zweite Klage zur gleichzeitigen Verhandlung mit der ersten, mit welcher sie weder in einem alternativen noch in einem eventuellen Verhältnisse stehe, sondern einfach cumulirt sei, vom proceßleitenden Gerichte zugelassen, dagegen wurde die gleichzeitige Verhandlung über den eventuellen Antrag erst auf Beschwerde des Klägers durch oberappellationsgerichtlichen Querelbescheid vom 5. October 1874 vorgeschrieben.

Gründe:

Soweit die Verbindung der Schuldklage mit der Erbschaftsklage bereits durch die Vorgerichte zugelassen worden, sind dabei in der That alle Voraussetzungen einer statthaften Klagenhäufung gegeben. Es liegt zur Zeit kein Grund zu der Befürchtung vor, daß die Cumulation Verwirrung erzeugen oder die Parteiinteressen der Beklagten schädigen könnte. Beide Klagen haben insofern ganz verschiedene, durchaus vereinbarliche Fundamente, als die erste auf einem in Anspruch genommenen Miterbrechte und die zweite auf der davon völlig unabhängigen Behauptung beruht, daß der Erblasser dem Kläger die libellirte Summe aus Darlehnen schuldig geworden sei. Dabei hält der Kläger principaliter die schon zur ersten Klage, und zwar in der Bedeutung eines klagbeschränkenden Zugeständnisses aufgestellte Behauptung fest, daß die Beklagte den Schuldner zu $^1/_4$ beerbt habe, mithin für den gleichen Schuldantheil passiv zur Sache legitimirt sei. Es leuchtet ein, daß der Kläger die ganze Darlehns-

Digitized by Google

schuld in judicium deduciren muß und eine entsprechende Streiteinlassung zu verlangen berechtigt ist, auch wenn er nur einen Theil des Ganzen von der Beklagten fordert. Schon aus diesem Grunde würde es unthunlich, mindestens im höchsten Grade unzweckmäßig sein, das principale petitum der zweiten Klage neben der ersten zuzulassen und das eventuelle zurückzustellen. Für den Fall, daß im Laufe der Verhandlungen eine Trennung beider Klagen nothwendig oder auch nur rathsam werden sollte, wird dem richterlichen Ermessen nicht vorgegriffen. Einstweilen liegt im Hinblick auf die beigebrachten Bescheinigungen die Annahme am nächsten, daß die Beklagte die Darlehnsforderung einräumen, das Miterbrecht des Klägers aber bestreiten und daß dieser Streit lediglich von der Beantwortung der Rechtsfrage abhangen werde, ob der Erblasser befugt gewesen sei, das wechselseitige Testament durch eine neue letztwillige Verordnung einseitig aufzuheben und zu ersetzen. Der Satz, daß in einem Libelle nicht mehrere, einander widersprechende Thatsachen behauptet werden dürfen, ist hier nicht von durchschlagender Bedeutung. In der Darlehnsklage ist nichts positiv behauptet, was mit der Begründung der cumulirten Erbschaftsklage in Widerspruch stände; es ist nur eine den Umfang der gegnerischen Verpflichtung aus der vom Erblasser contrahirten Schuld bedingende Vorfrage offen gehalten, weil sie streitig ist und nach der Intention des Klägers gleichzeitig entschieden werden soll.

---

3. Provocatio ad agendum.

Mu. 889/1875.

Der Lehrer K. zu L. hatte bei dem zuständigen Gerichte beantragt, der Doris M. zu W. aufzugeben, daß sie ihre Ansprüche aus einem angeblich mit ihm geschlossenen Verlöbniß-

Digitized by Google

vertrage im Wege der Klage geltend mache. Seit Jahren verfolge sie ihn mit dem Verlangen, sie zu ehelichen, und habe durch ihren Einspruch erreicht, daß sein Verlöbniß mit einer Anderen rückgängig geworden sei. In dem hierauf eingeleiteten Provocationsprocesse erklärte die Provocatin, der Gegner habe sich allerdings, als er bereits volljährig und selbständig gewesen, unter Zustimmung ihrer Eltern mit ihr verlobt, gleichwohl lehne sie die Klagerhebung ab, da ihr ein klagbares Recht auf Vollziehung des Eheversprechens nicht zustehe und sie den Provocanten nicht in die Lage bringen wolle, sich durch eine Geldabfindung frei zu machen.

Diese in erster Instanz abgewiesene Provocation wurde in zweiter als begründet anerkannt, das Oberappellationsgericht stellte indessen durch Bescheid vom 27. September 1875 die erstinstanzliche Decision wieder her.

Gründe:

Wer sich dadurch beeinträchtigt glaubt, daß ein Anderer sich eines mit ihm eingegangenen Eheverlöbnisses verrühmt, mag je nach Lage des Falles gegen Letzteren mit einer Injurienklage oder mit einer Provocation zum Beweise vorgehen, er mag auch, wenn ihm triftige Aufhebungsgründe gegen das wirkliche geschlossene Verlöbniß zustehen, dessen richterliche Auflösung beantragen, vgl. § 2 sub 8 der Verordnung vom 18. Februar 1846, er kann aber den anderen Theil, der einfach die Eingehung der Ehe verlangt, zur Erhebung der Klage aus dem Eheverlöbniß nicht nöthigen. Ein Zwang zur Klage ist da gerechtfertigt, wo die zu erhebende Klage zur wirklichen Erfüllung des verrühmten Anspruchs führen kann und dies ist seit der Verordnung vom 18. Februar 1846 für Eheverlöbnisse nicht mehr der Fall. Bis dahin gingen Klage und Urtheil einfach auf Ehelichung als die rechte Erfüllung des Verlöbnisses; fand auch kein directer Zwang zur Eingehung der Ehe statt, so hing es doch von dem klagenden Theile ab, ob er eine Geldabfindung annehmen oder auf die Sinnesänderung des anderen Theiles warten wolle, inzwischen konnte er denselben durch Einspruch an der Eingehung einer andern Ehe

Digitized by Google

verhindern. — Consistorial-Ordnung vom 31. Januar 1870 tit. VIII. sub III. u. IV. — Eichhorn, Kirchenrecht Bd. 2 pag. 436. — Nach der Verordnung vom 18. Februar 1846 § 3 sub 2 findet so wenig der Antrag auf ein Inhibitorium gegen die Schließung einer anderweitigen Ehe Seitens des einen Verlobten, als der Einspruch gegen ein Aufgebot statt, und ist ferner die Klage, so lange der Beklagte sich nicht anderweitig verheirathet hat, alternativ auf Vollziehung oder Leistung einer angemessenen Entschädigung zu stellen, das Erkenntniß ist demgemäß alternativ unter Feststellung der Höhe der Entschädigungssumme zu fassen, nur auf letztere geht die Execution, und der Beklagte ist in der Lage, die festgestellte Entschädigung, wenn der Kläger die Annahme verweigert, gerichtlich zu deponiren. Nun kann aber die Zahlung der Entschädigung nicht als wirkliches Aequivalent der Erfüllung des Vertrages gelten. Der wesentliche Inhalt desselben besteht eben einfach in einem gegenseitigen Eheversprechen, nicht in der Zusage einer alternativen Leistung, und wenn ein Contrahent hinterher einseitig ohne Zustimmung des andern sein gegebenes Wort durch eine Geldabfindung wieder einlöset, so erfüllt er nicht den Vertrag, sondern er bricht denselben und kann daran nur deshalb nicht gehindert werden, weil nach dem Gesetze Niemand zur Eheschließung gezwungen werden soll. Damit ist die moralische Pflicht zur Haltung eines bündigen Eheversprechens nicht aufgehoben, und ist das Verlöbniß, welches eine tiefere sittliche Basis hat, in die Reihe der rein obligatorischen Rechtsgeschäfte, welche ein Surrogat der Erfüllung zulassen, nicht eingetreten; vgl. die hies. Entscheid. Bd. 8 pag. 205.

Im vorliegenden Falle hat Provocatin den Abschluß eines Verlöbnisses mit dem Provocanten genügend bescheinigt und gegen diesen nur einen Anspruch auf Ehelichung außergerichtlich erhoben. Provocant bestreitet zwar das Verlöbniß, ohne jedoch sich auf die bescheinigten Angaben der Provocatin näher einzulassen, und ist zur Provocation gegen dieselbe vorgegangen, nachdem seine Anerbietungen wegen gütlicher

Digitized by Google

Abfindung von derſelben zurückgewieſen worden. Sollte nun zwiſchen den Parteien ein Eheverlöbniß abgeſchloſſen ſein, und ſollten dem Provocanten Aufhebungsgründe nicht zur Seite ſtehen, ſo würde der Zwang zur Klageanſtellung, da Provocant die Provocatin nicht ehelichen will, ſchließlich zu dem Ergebniſſe führen, daß Provocatin ſich mit einer Abfindung zufrieden geben müßte. Das iſt aber, wie gezeigt, nicht die rechte Erfüllung, und deshalb kann ſie zu deren Annahme nicht genöthigt werden.

Digitized by Google

II. Privatrecht.

A. Allgemeine Lehren.

4. Gebäudepertinenzien. Ga. $597/_{1872}$.

Zu dem insolventen Nachlasse des Kaufmanns G. in G. gehörte ein Gebäude, welches der Verstorbene zum Betriebe einer großen Bierbrauerei eingerichtet und benutzt hatte. In dem nach dem Tode des G. eröffneten Concurse über den Nachlaß entstand ein Streit unter den Gläubigern der Generalmasse und denen der Specialmasse des Brauhauses über die Frage, zu welcher dieser beiden Massen gewisse mit dem erwähnten Gebäude in äußerer Cohärenz stehenden Brauereigeräthschaften gehörten. Diese Streitfrage war von den Vorgerichten zu Gunsten der Specialmasse entschieden, weil diese Geräthschaften, wie es der § 18, 2 der revidirten Stadtbuchordnung vom 21. December 1857 ausdrücklich voraussetzt, „gesetzlich" für eine Pertinenz jenes Grundstückes zu halten seien. Das bestätigende Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 21. Januar 1875 beruht auf folgenden

Gründen:

Zwar war die ältere Theorie und Praxis ziemlich einig darüber, daß, wenn ein Gebäude dauernd für einen Gewerbe- oder Fabrikbetrieb bestimmter Art eingerichtet war, auch alle in demselben befindlichen, zum Betriebe dieses Gewerbes dienenden Geräthschaften, Werkzeuge oder Maschinen als Pertinenzen dieses Gebäudes rechtlich zu betrachten seien, was Berger, oeconomia jur. II, 1. Th. 7 und Wernher, observationes forenses (Ed. II.) Pars III. Observ. 138 gerade in Beziehung auf Braugeräthe speciell aussprechen, in

Digitized by Google

Hommel's Pertinenz- und Erbsonderungs-Register sub verb. „Braupfannen" wenigstens für den Fall der körperlichen Befestigung derselben im Gebäude angenommen wird, und diese Ansicht hat auch in dem Allgemeinen Landrecht für die Preuß. Staaten Theil I. Tit. 2, §§ 79, 90, 93 im weitesten Umfange gesetzliche Anerkennung erlangt, gleich wie sie auch in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen § 69 Eingang gefunden hat.

Gemeinrechtlich läßt sich indessen diese Annahme in solchem Umfange nicht wohl rechtfertigen, und in Opposition gegen dieselbe neigt sich die neuere Theorie nach dem Vorgange Funke's, die Lehre von den Pertinenzen §§ 2, 5, 6, 13 vielmehr dahin, dergleichen Geräthschaften und Maschinen die Pertinenzqualität auch dann abzusprechen, wenn sie mit dem zum Betriebe des betreffenden Gewerbes oder Fabrikationszweiges eingerichteten Gebäude in äußerlich feste Verbindung gesetzt sind.

Ausgehend von dem durchaus richtigen Satze, daß als Pertinenzen eines Gebäudes nur diejenigen Gegenstände betrachtet werden können, welche ohne Theile dieses selbst zu sein, vermöge ihrer Beschaffenheit geeignet, und durch das Verhältniß, in welches sie zu dem betreffenden Gebäude gesetzt worden, ersichtlicher Maßen bestimmt sind, dauernd den Zwecken desselben zu dienen und so in gewisser Weise als Hülfssachen dessen Ausrüstung zu vervollständigen, nicht aber solche, welche nur ein besonderes nicht unmittelbar an dieses Gebäude geknüpftes Interesse und Bedürfniß des derzeitigen Besitzers befriedigen sollen, finden nämlich die Vertheidiger dieser Ansicht die Merkmale dieses Begriffes hier um deswillen nicht erfüllt, weil, wenn auch das betreffende Gebäude für einen solchen Gewerbebetrieb eingerichtet und bestimmt sei, sich doch nicht sagen lasse, daß die zu diesem Ende in dasselbe gebrachten und mit demselben verbundenen Geräthschaften den Zwecken dieses Gebäudes gerade dienen. Vielmehr dienen Gebäude und Geräthschaften nicht einander, sondern gemeinschaftlich einem dritten Zwecke, und werden nur wegen dieser gemeinsamen

Digitized by Google

Bestimmung als zu einander gehörig angesehen: vgl. Funke a. a. O. Seite 15 sub c., Seite 44 ff., Seite 60 ff., Seite 152 ff., Seite 159 ff., Unger, Oesterreichisches Privatrecht (Ed. II.) I. Seite 450 ff., insbesondere Note 39 und 42, Wächter, Handbuch des Würtembergischen Privatrechts II. Seite 253, Note 24, Kierulff, Gemeines Civilrecht, Seite 333, Sintenis, Gemeines Civilrecht (Ed. II.) I., Seite 428 f., Note 46 und 52, und übereinstimmend das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zu München in Seuffert's Archiv XXIX. 6.

Allein so viel Gewinnendes diese Ansicht auf den ersten Anblick hat, so läßt sich doch zunächst dagegen einwenden, daß für die Beantwortung der Frage, ob eine bewegliche Sache nach der ihr dauernd gegebenen Bestimmung als Pertinenz eines Gebäudes anzusehen sei, nicht der abstracte Begriff eines Gebäudes als solches als maßgebend betrachtet werden kann, sondern als entscheidend hiefür vor Allem die wirthschaftliche Bestimmung des betreffenden Gebäudes nach der ihm dauernd gegebenen Einrichtung angesehen werden muß, insofern dasselbe dadurch für das Leben und den Verkehr dauernd als ein Gebäude besonderer Art erscheint und aufgefaßt wird. Dieser Fall liegt aber alsdann gegeben vor, wenn entweder ein Gebäude von vorn herein in solcher Weise für einen Gewerbe- oder Fabrikbetrieb gewisser Art aufgeführt wird, daß seine ganze bauliche Einrichtung hiedurch sich bestimmt, oder ein schon stehendes Gebäude zu diesem Zwecke umgestaltet wird, so daß ohne einen Umbau dieselben für andere Zwecke nicht füglich benutzt werden können. Es bestimmt sich hiedurch nicht nur die Bedeutung dieser Gebäude für den wirthschaftlichen Gebrauch, sondern auch deren Werth als Gegenstand des Verkehrs, letzteres wenigstens dann, wenn der Betrieb, für welchen sie eingerichtet sind, nicht etwa nur vereinzelt und ausnahmsweise geübt wird, sondern ein allgemein vorkommender ist, der einem fortwährend sich gleichbleibenden oder mit der Zeit gar sich steigernden Bedürfniß entspricht. Wo dies zutrifft, denkt daher der Eigenthümer regelmäßig

Digitized by Google

überall nicht daran, diese Einrichtung nur für die Dauer seines eigenen Gewerbebetriebes zu treffen, sondern er hat dabei auch zugleich den Fall einer Veräußerung bei eintretender Einstellung dieses im Auge, indem er mit Bestimmtheit darauf rechnet und rechnen darf, alsdann einen Abnehmer zu finden, welcher das von ihm betriebene Gewerbe in diesem Gebäude fortsetzt, und so den durch dessen Aufführung und Einrichtung neu geschaffenen Werth oder den Betrag der darauf gemachten Verwendungen seinem Vermögen zu erhalten. Nach den Anschauungen des gemeinen Lebens, welche für die Bestimmung des Pertinenzbegriffs nicht außer Acht gelassen werden können, wird daher auch ein Gebäude dieser Art denjenigen Geräthschaften gegenüber, deren Vorhandensein für den Betrieb, zu welchem dasselbe eingerichtet worden, wesentlich erforderlich ist, ohne weiteres als die Hauptsache betrachtet, zu welcher dieselben in dem Verhältniß bloßer Zubehörung stehen.

Allerdings gilt dies nicht, wie hierin schon angedeutet liegt, von allen Geräthschaften, die für den fraglichen Betrieb überhaupt benutzt werden. Allein mit Sicherheit läßt sich dies dennoch von denjenigen behaupten, durch deren Anbringung und Verwendung in dem betreffenden Gebäude dieses gerade für die ihm gegebene Bestimmung speciell hergerichtet wird, so daß es eben dadurch seinen specifischen Charakter, ein Fabrikgebäude dieser besonderen Art zu sein, empfängt, und auf der anderen Seite hieraus sich zugleich ergiebt, daß eben diese Geräthschaften eine dauernde Bestimmung für das betreffende Gebäude erhalten haben, zu dessen Ausrüstung eben dienen sollen. Ganz besonders tritt diese Bestimmung aber alsdann sichtbar hervor, wenn diese Geräthschaften entweder mit dem Gebäude selbst in festen Zusammenhang gebracht oder demselben in solcher Weise eingefügt sind, daß sie nicht ohne Zerstörung ihrer körperlichen Integrität oder bauliche Eingriffe in die Substanz des Gebäudes selbst von der ihnen darin angewiesenen Stelle entfernt und aus demselben herausgeschafft werden können.

Digitized by Google

Von diesem Standpunkte aus, von welchem das Oberappellationsgericht auch in früheren Entscheidungen ähnlicher Fälle, abgedruckt in der Sammlung von Entscheidungen in Rostock'schen Rechtsfällen, Forts. I. Seite 139 ff., Forts. II. Seite 56 ff. und in den Entscheidungen des Oberappellationsgerichts V. Seite 58 ff., ausgegangen ist, kann aber die Bestimmung, welche die Prioritäts-Sentenz bei der Massenseparation durch Zuweisung der fraglichen Brauereigeräthschaften zur Specialmasse des Grundstücks A. II. 218 getroffen hat, nur für richtig gehalten werden. Unbestrittenermaßen hat der verstorbene Kaufmann G. dieses Gebäude zu einer Brauerei als Brauhaus eingerichtet; denn wenn der curator bonor. als Vertreter der Gläubiger der Generalmasse in seiner Appellationsrechtfertigung voriger Instanz hiegegen einwirft, daß das Haus weder ausschließlich zum Brauhause bestimmt, noch auch nur als solches zu brauchen sei, so kann diese überall nicht näher begründete Behauptung nicht zur Entkräftung jener von dem Concursgerichte als notorisch hingestellten und demselben durch eigene Anschauung bestätigten Thatsache dienen. Die beiden Braupfannen und der Grand, die Malzquetsche, die beiden Kühlschiffe und die Maischpumpe sind sämmtlich Geräthschaften, welche für den Betrieb einer Brauerei unentbehrlich sind, und durch deren Anbringung in dem Gebäude dessen Einrichtung zu einer Brauerei erst vollständig wurde. Mit Ausnahme der beiden Kühlschiffe stehen dieselben ferner sämmtlich mit dem Gebäude in äußerer Cohärenz und die Kühlschiffe, die im Gebäude selbst zusammengenietet sind, würden nicht ohne dessen wesentliche Zerstörung in unversehrtem Zustande aus demselben herausgeschafft werden können. Der eiserne in den Grund und Boden eingelassene, mit der städtischen Wasserleitung in Verbindung stehende Wasserpfosten endlich und die im Gährraum befindliche kupferne Saug- und Druckpumpe, welche an einer in der Mauer befestigten Bohle angeschraubt ist, würden auch abgesehen von ihrer besonderen Bestimmung für den Brauereibetrieb schon an sich ohne Weiteres als Pertinenzen des Gebäudes betrachtet werden müssen.

Digitized by Google

5. Selbsthülfe zum Schutze des Rechtsbesitzes einer Grunddienstbarkeit. Ri. 128 Str./1876.

Die Eigenthümerin eines städtischen Grundstücks hatte mit der, ihren Hof abschließenden, ihr gehörenden Steinmauer, welche dem auf dem höher belegenen Nachbarhofe sich sammelnden Wasser bisher einen Durchlaß dargeboten hatte, eine bauliche Veränderung vorgenommen, wodurch der Wasserabfluß gänzlich gehemmt wurde. Der so beeinträchtigte Nachbar suchte den früheren Zustand dadurch herzustellen, daß er ein Loch in die Mauer brach; er wurde deshalb wegen gewaltsamer Besitzstörung belangt und vertheidigte sich gegen die Klage, indem er geltend machte, er habe sich nur in dem Rechtsbesitze der seinem Grundstücke zustehenden Wasserleitungsgerechtigkeit behauptet.

Auf Grund dieser Einrede war die Klage in den Vorinstanzen abgewiesen, das Oberappellationsgericht verurtheilte dagegen den Beklagten durch Erkenntniß vom 24. Juli 1876, sich jeder ferneren Störung der Klägerin im ruhigen Besitze ihrer Hofmauer bei Strafe von 50 *M.* zu enthalten und den durch die verübte Besitzstörung verursachten Schaden zu erstatten.

Gründe:

In thatsächlicher Hinsicht steht durch den Inhalt der vorliegenden Verhandlungen völlig fest, daß sich die Klägerin bei Ausführung der von ihr gemachten Anlage durchaus und in jeder Weise innerhalb der Grenzen ihres Eigenthums und ihres Eigenthumsbesitzes gehalten hat. Zwar hat der Beklagte in der terminlichen Verhandlung vom 18. October v. J. Zweifel darüber zu erheben gesucht, ob die beide Höfe trennende Mauer, durch welche hierdurch mittels einer angeblich darin angebrachten Oeffnung das auf seinem Hofe sich sammelnde Wasser in den daneben befindlich gewesenen, mit Löchern versehenen Kasten und aus diesem weiter durch die auf dem Hofe der Klägerin vorhandene Rinne nach der Straße hin seinen regelmäßigen Abfluß gehabt haben soll, im ausschließlichen Eigenthume der Klägerin stehe. Allein in seiner jetzigen Appellations-Erwiderung giebt er selbst an, daß diese Mauer von dem Vorbesitzer der Klägerin innerhalb des sein

Digitized by Google

Grundstück von dem benachbarten Hofe seiner Verkäuferin, der Vorbesitzerin des Beklagten, trennenden, ihm gehörenden bretternen Grenzzauns angelegt, und demnächst von der Klägerin selbst einseitig erhöht sei, wodurch sowohl deren ausschließliches Eigenthum, als auch deren ausschließlicher Besitz der fraglichen Mauer, welchen letzteren übrigens Beklagter schon in jener terminlichen Verhandlung selbst nicht bestritten hat, anerkannt ist. Hätte also die Klägerin auch wirklich eine in der Mauer befindlich gewesene, zum Wasserabzug von dem Nachbargrundstücke dienende Oeffnung, deren Existenz sie jedoch bestreitet, durch Zumauerung verschlossen, so würde sie dadurch doch in keiner Weise in den Eigenthums-Besitz des Beklagten übergegriffen haben. Daß der von ihr beseitigte hölzerne Kasten ihr allein gehörte und ebenso die früher vorhanden gewesene, an diese sich anschließende, gleichwie die jetzt von ihr neu angelegte als Abzugscanal bezeichnete, das Wasser von ihrem Hofe zur Straße abführende Rinne gänzlich auf ihrem Grund und Boden verlaufe, ist dagegen nie streitig gewesen.

Weiter ist es aber auch in thatsächlicher Hinsicht als feststehend zu betrachten, daß zu der Zeit, als Beklagter den durch diese neue Anlage angeblich gestörten Servitutbesitz dadurch aufrechtzuhalten versuchte, daß er gewaltsam die Mauer an der Stelle, wo früher das Wasser aus der daneben befindlichen Grube durch dieselbe auf den Hof der Klägerin abgeflossen sein soll, und zugleich die Wandung des daneben neu angelegten Kanals durchstieß, um dem Wasser wieder den früheren Abfluß zu verschaffen, diese Anlage bereits vollendet war. Denn daß, wie die Klägerin selbst angegeben, diese eben erst fertig gewordene Arbeit damals noch nicht ganz ausgetrocknet war, schließt diese Vollendung nicht aus. Jedenfalls war dieselbe soweit vollendet, daß, wie Beklagter ausdrücklich als Grund seines Thuns anführt, der Abfluß des Wassers von seinem Hofe dadurch gänzlich gehemmt war.

Auf die hienach sofort sich aufdrängende, in der sent. II. auch angeregte Frage, ob unter diesen Umständen der beklagtischer Seits behauptete Servitutbesitz bloß als gestört, oder

Digitized by Google

vielmehr als gänzlich aufgehoben anzusehen war, kommt indessen in rechtlicher Hinsicht weniger an. In dieser ist vielmehr entscheidend die Frage, ob dem Servitutberechtigten, dessen Servitutübung durch Anlagen, welche der Eigenthümer und Besitzer des dienenden Grundstücks auf diesem ausgeführt, beeinträchtigt, sei es bloß gestört oder gänzlich ausgeschlossen ist, die Befugniß zusteht, seinen Besitz durch solche Handlungen, die er auf oder an dem dienenden Grundstück vornimmt, gewaltsam aufrecht zu erhalten oder wiederherzustellen?

Die beiden vorigen Erkenntnisse haben diese Frage bejaht und will die sent. II. insbesondere gegenüber dem sich ihr erhebenden Zweifel, ob vorliegenden Falls der Servitutbesitz durch die Vornahme der Klägerin nicht bereits verloren gewesen sei, denselben durch die als Besitzstörung charakterisirten Handlungen des Beklagten um deswillen bloß als conservirt ansehen, weil diese Handlungen zur Salvirung der Besitzrechte sofort vorgenommen seien, als die den Wasserabzug hemmende Arbeit der Klägerin kaum fertig und noch nicht vollständig ausgetrocknet war, wie Klägerin selbst angegeben hat.

Allein richtiger muß diese Frage, wie im Allgemeinen, so auch in ihrer Anwendung auf den vorliegenden Fall verneint werden. Denn muß der Besitzer einer Servitut auch für berechtigt gehalten werden, solchen Angriffen des Eigenthümers des dienenden Grundstücks gewaltsam entgegenzutreten, wodurch dieser diejenigen auf dem herrschenden Grundstücke selbst angebrachten Vorrichtungen und Veranstaltungen zu beseitigen sucht, mittels welcher die Servitut ausgeübt wird, und in welcher ein Servitutbesitz sich manifestirt, so erscheint doch eine solche Einwirkung auf das dienende Grundstück, wodurch dessen Substanz verletzt wird, wenn sie auch immerhin zum Zweck der Beseitigung darauf gemachter, die Ausübung der prätendirten Servitut beeinträchtigender oder hindernder Anlagen geübt wird, nicht mehr als Vertheidigung des Servitutbesitzes und wird solche auch in unseren Rechtsquellen nirgends gestattet.

Insbesondere findet sich auch in diesen nirgends eine An-

Digitized by Google

wendung des Satzes, wonach es dem juristischen Besitzer eines Grundstücks, hinter dessen Rücken ein unbefugter Eindringling sich in dessen Besitz gesetzt hat, erlaubt ist, sobald er hievon Kenntniß erhalten, denselben gewaltsam wieder daraus zu vertreiben, so daß, wenn ihm solches gelingt, sein Besitz als ununterbrochen behauptet angesehen wird,

vgl. L. 3 §§ 7, 8, L. 6 § 1, L. 7, L. 18 § 3, L. 25 § 2, L. 46 D. de acquirenda vel amittenda possessione (41, 2) und L. 3 § 9, L. 17 D. de vi et de vi armata (43, 16),

auf den Servitutbesitz und das Verhältniß seines Inhabers zu dem Besitzer des dienenden Grundstücks für den Fall gemacht, daß dieser hinter dem Rücken jenes, jedoch innerhalb der Grenzen seines Besitzes, solche Anlagen ausgeführt hat, mit welchen die Ausübung der Servitut, sei es ganz oder theilweise, nicht weiter bestehen kann. Auch kann dies in keiner Weise als etwas Zufälliges betrachtet werden, da in Wahrheit in beiden Fällen die factische und rechtliche Sachlage eine völlig verschiedene ist, indem derjenige, welcher innerhalb der Grenzen seines Eigenthums und Besitzes etwas vornimmt, dabei, formell betrachtet, sich nur eines ihm zustehenden Rechtes bedient und die materielle Widerrechtlichkeit seines Thuns nicht ohne weiteres in solcher Weise klar zu Tage liegt, wie da, wo Jemand heimlich sich in den bis dahin unbestritten behaupteten Besitz eines Anderen eindrängt. Auch würde es zu den größten Unzuträglichkeiten führen, wenn da, wo zwischen dem Eigenthümer und dem angeblichen Servitutberechtigten, welche vielleicht beide in gutem Glauben sind, sich ein Streit über die Freiheit des Eigenthums und den Besitz einer Servitut erhebt, es Jedem von Ihnen gestattet werden sollte, zur Wahrung des behaupteten Rechts, sobald der Eine oder der Andere einen diesem entsprechenden Zustand auf dem Seinigen hergestellt hat, ohne sich dieserhalb zuvor mit dem Gegner in's Einvernehmen gesetzt zu haben, störend oder gar zerstörend in das Rechtsgebiet des Anderen überzugreifen.

Dem entsprechend wird es denn auch nach L. 29 § 1,

Digitized by Google

D. ad legem Aquiliam (9, 2), womit zu vergleichen L. 7 § 3, L. 22 § 2 D. quod vi aut clam (43, 24), dem Eigenthümer zwar gestattet, die bauliche Anlage, welche ein Anderer in Anmaßung einer Servitut auf seinem Grund und Boden ohne seine Erlaubniß gemacht hat, eigenmächtig wieder zu beseitigen, dagegen wird ihm auf das Entschiedenste die Befugniß versagt, das Gleiche hinsichtlich des in seine Luftsäule überragenden Vorbaues zu thun, den der Nachbar an seinem eigenen Hause als einen Theil desselben angebracht hat, indem er, um dessen Beseitigung zu erreichen, auf die actio negatoria verwiesen wird. Ebenso wird nach L. 6 § 2 D. arborum furtim caesarum (47, 7) dem Eigenthümer die Befugniß versagt, die Wurzeln, welche der an der Grenze stehende Baum des Nachbarn in sein Grundstück getrieben hat, da sie als Theil des demselben gehörenden Baumes anzusehen sind, eigenmächtig wegzuschneiden. Was hier aber dem Eigenthümer dem möglichen Servitut-Berechtigten gegenüber versagt wird, dessen Einwirkung auf seinen Besitz er als eine unberechtigte bestreiten zu können glaubt, das kann ebensowenig dem angeblichen Servitut-Berechtigten dem Eigenthümer gegenüber hinsichtlich der auf dessen Grundstück gemachten, die Servitutübung hindernden Anlagen gestattet sein, und so sehen wir denn auch in völligem Einklang mit jenen Entscheidungen in der L. 9 D. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur (8, 5) den Inhaber einer Wegegerechtigkeit, dem der Eigenthümer des dienenden Grundstücks durch ein auf diesem aufgeführtes Bauwerk den Weg, wie den Inhaber einer Traufgerechtigkeit, dem derselbe ebenso den Tropfenfall verbauet hat, ohne weitere Unterscheidung zum Schutz und zur Wiederherstellung seines dadurch gekränkten Rechts schlechthin zur Anstellung der confessoria actio verwiesen.

Auch ist der Servitutenbesitz als solcher dadurch keineswegs des ihm nöthigen Schutzes beraubt, oder auch nur in seiner rechtlichen Wirksamkeit gegen den Eigenthumsbesitz zurückgestellt. Dies letztere geht aus dem vorhin Ausgeführten hervor, und

Digitized by Google

was das erstere betrifft, so stehen dem Servitutberechtigten zur Aufrechthaltung und Wiederherstellung seines Rechtsbesitzes unter den geeigneten Voraussetzungen nicht nur ähnliche Besitzklagen wie dem Eigenthumsbesitzer zu, sondern gleich diesem kann er sich auch nach Lage des Falls eigenmächtiger ihm nachtheiliger Veränderungen des Nachbargrundstücks durch Operis novi nuntiatio, das Interdictum quod vi aut clam oder die Actio aquae pluviae arcendae erwehren, und weis't schon die Einführung und der Bestand dieser Rechtsmittel selbst darauf hin, daß es nicht gestattet sein soll, der in den dadurch zu bekämpfenden Unternehmungen etwa liegenden Eigenmacht wiederum durch Eigenmacht zu begegnen.

Hiernach war der von dem Beklagten vorgenommene Eingriff und Uebergriff in den Eigenthumsbesitz der Klägerin unter allen Umständen, wie es sich auch mit dem behaupteten Servitutrecht und Servitutbesitz verhalten haben mag, eine widerrechtlich geübte Gewaltthätigkeit, welche durch den Zweck der Wahrung und Aufrechthaltung jenes angeblichen Servitutbesitzes nicht gerechtfertigt werden kann, und war demgemäß, unter Aufhebung der beiden Vorerkenntnisse, Beklagter vielmehr so, wie jetzt geschehen, der Klagbitte gemäß zu verurtheilen.

---

6. Zur Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Ma. $873/_{1874}$.

Der Kaufmann M. zu B. hatte, als er zur zweiten Ehe schritt, mit seinen 6 erstehelichen Kindern sich auseinandergesetzt, indem er deren mütterliches Vermögen, an welchem ihm der lebenslängliche Nießbrauch zustand, feststellen und den ermittelten Betrag auf sein Wohnhaus eintragen ließ. Nach seinem Tode wurde die überschuldete Erbschaft von sämmtlichen Erben ausgeschlagen und den Nachlaßgläubigern überwiesen.

Digitized by Google

In diesem Concurse meldete die überlebende zweite Ehefrau ihre Dotalforderung an, während die rechtzeitige Anmeldung des Anspruchs der erstehelichen Kinder unterblieb. Als gemeinsamer Vertreter dieser Kinder fungirte in dem Debitwesen der Vormund der beiden noch minderjährigen Geschwister, welcher von den vier älteren zur Wahrnehmung aller gegen den väterlichen Nachlaß ihnen zustehenden Rechte bevollmächtigt war. Derselbe erbat Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Präclusivbescheid, welcher seine Mündel, bezw. Mandanten von der Generalmasse ausschloß, und begründete dieses Gesuch mit der Erklärung, er habe die Anmeldung unterlassen in der unerfüllt gebliebenen sicheren Erwartung, daß die aus dem Erlöse des Wohnhauses gebildete Specialmasse bei prioritätsmäßiger Vertheilung ausreichen werde, die Illatenforderung der ersten Ehefrau des Gemeinschuldners zu decken. Das Concursgericht gewährte den Restitutionsantrag, sprach der Forderung die Dotalprivilegien zu und locirte dieselbe in der Generalmasse vor derjenigen der hinterbliebenen Wittwe. Diese appellirte gegen die Prälocirung, indem sie in erster Linie bestritt, daß die gegnerische Forderung eine dotale sei, sodann aber auch über die Restitutionsertheilung sich beschwerte. Das Oberappellationsgericht fand die Beschwerde in dieser eventuellen Richtung theilweise, nämlich rücksichtlich der Forderungsantheile der vier majorennen Kinder begründet und erkannte durch Urtheil vom 9. November 1874, daß nur die Antheile der beiden minorennen, also $^2/_6$ des ganzen Betrages dem Liquidate der Appellantin vorgehen sollen.

Gründe:

Zwar kann der von der Appellantin geltend gemachten Ansicht, durch die gerichtliche Auseinandersetzung der Kinder erster Ehe mit ihrem zur zweiten Ehe schreitenden Vater sei eine Umwandlung und Aufhebung der ihnen ursprünglich als Erben ihrer verstorbenen Mutter unbestritten zum Betrage von 825 Thlr. zugestandenen Dotalforderung zu dem Erfolge eingetreten, daß das ihnen dieserwegen gesetzlich zukommende höchst privilegirte und bei eintretender Concurrenz mit einer

Digitized by Google

Stiefmutter demjenigen dieser vorgehende Pfandrecht erloschen sei, in keiner Weise zugestimmt werden. Denn der Zweck dieser durch die Circularverordnung an die Superintendenten vom 18. Februar 1771 vorgeschriebenen „völligen" Auseinandersetzung geht, wie in der Praxis jetzt allgemein feststeht, vergl. Boehlau Meckl. Landrecht Bd. II. Seite 151 ff., an sich nur dahin, die Größe des Adventizguts der Kinder erster Ehe gerichtlich zu constatiren und dadurch diese selbst gegen etwaige Benachtheiligung durch die zweite Ehe zu sichern, während im Uebrigen, der zu dieser Auseinandersetzung geschehenen Vormundschaftsbestellung ungeachtet, dem Vater der ihm zustehende Nießbrauch und die Verwaltung des Kinderguts, wo nicht besondere Gründe ein Anderes fordern, verbleibt. Auch zeigt der Inhalt des betreffenden Termins-Protokolls mit voller Deutlichkeit, daß die hier in Frage stehende Auseinandersetzung, nach welcher der Vater unbestritten im Genuß und der Verwaltung des Vermögens der Kinder erster Ehe verblieben, nach keiner Seite hin über diesen Zweck hinausgegangen ist. Läßt sich nämlich auch aus der Art und Weise, wie der Vater dort über das von seiner verstorbenen Ehefrau ihm zugebrachte Vermögen sich äußert und dessen Betrag nach der von ihm aufgemachten Berechnung in Geld veranschlagt, nicht ohne weiteres entnehmen, daß die 825 Thlr., zu deren Schuldner er sich den Kindern erster Ehe gegenüber bekennt, baar inferirt worden, und scheint es sogar oder ist es doch jedenfalls möglich, daß die zu restituirende Dos selbst ursprünglich nicht oder nicht ganz in Gelde bestellt gewesen ist, so lassen sich doch mancherlei Gründe denken, in Folge deren der Vater gehalten sein konnte, statt der wirklich inferirten Dotalgegenstände deren Geldwerth zu leisten, und würde daher selbst alsdann, wenn durch die Festsetzung des zu restituirenden Dotalbetrages in Geld eine Veränderung des ursprünglichen Gegenstandes der Dos getroffen wäre, hiedurch nicht nothwendig zugleich eine solche Veränderung der den Kindern zustehenden Dotalforderung bewirkt worden sein, daß es rechtlich so angesehen werden müßte, als sei an deren Stelle eine nach

Digitized by Google

Form und Wesen davon verschiedene Forderung getreten. Insbesondere konnte aber auch die von dem Vater verwillkürte und beschaffte Sicherstellung dieser Dotalforderung der Kinder erster Ehe durch Eintragung derselben auf sein von deren Generalpfandrecht nicht ergriffenes Wohnhaus den Erfolg einer Umwandlung derselben und dadurch eingetretenen Aufhebung schon um deswillen nicht haben, weil nach den Bestimmungen der damals noch geltenden Stadtbuchordnung vom 22. December 1829 § 18 a, § 23 a, § 28, 1, durch diese Eintragung keine selbständige dingliche Forderung gegen das Grundstück, sondern nur ein Pfandrecht an demselben begründet ward.

Insoweit daher die Appellantin die durch die Prioritäts-Sentenz geschehene Location des Dotalsanspruchs der Kinder erster Ehe vor dem ihrigen aus diesem Grunde eben wirksam anfechten zu können glaubt, erscheint ihre Appellation unbegründet.

Berechtigt ist aber dieser Angriff in sofern, als die erbetene Restitution nicht bloß den beiden minderjährigen Appellanten, welchen dieselbe wegen des ihrem Vormunde zur Last fallenden Versäumnisses, wie schon die Bestimmung in § 41, I. 1 des Rechtsmittelgesetzes zeigt, nie zu versagen war, sondern auch den vier großjährigen ob culpam procuratoris ertheilt worden ist. Denn wird auch nach Römischem Recht, außer im Falle eines gegen sie erlassenen rechtskräftigen Urtheils, wovon die L. 39 D. ex quib. caus. major. etc. (4, 6) zu verstehen, auch solchen Abwesenden, welche einen Procurator hinterlassen, gegen die diesem zur Last fallenden processualischen Versäumnisse, in Ermangelung eigener Verschuldung, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt, so beruht dies doch darauf, daß sie wegen ihrer Abwesenheit ebensowenig zu dessen Ueberwachung, wie zur eigenen Abwendung des in Frage stehenden Versäumnisses im Stande waren, so daß im Grunde auch hier nicht sowohl die Schuld ihres Vertreters, als vielmehr ihre Abwesenheit die Ursache des dadurch entstandenen Nachtheils ist,

vgl. Fritz, zur Lehre von der in integrum restitutio

Digitized by Google

wegen Abwesenheit ꝛc. in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, N. F. XVII. Seite 39 ff., insbesondere Seite 60 ff. und

Windscheid, Pandecten § 119. not. 8,

und neigen gleich Doctrin und Praxis sich dahin, auch von dem Falle der Abwesenheit abgesehen, wider die durch die Schuld eines Procurators und dessen Versäumnisse veranlaßten Nachtheile alsdann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn dieser insolvent ist, daher dessen Ausklagung vergeblich sein würde,

vergl. Wetzell, Civilproß Ed. III. § 10. Seite 85 f.,

so ist doch nicht ersichtlich, daß dergleichen Fälle hier vorliegen, und keinenfalls ist die Praxis so weit gegangen, dasjenige, was hinsichtlich öffentlich autorisirter Procuratoren in Gemäßheit des Dubium camerale vom 19. Mai 1786 auch bei uns gilt, schlechthin auf die Versäumnisse bloßer Privatbevollmächtigten anzuwenden und die dadurch benachtheiligte Partei ohne weiteres wegen solcher zu restituiren.

Hienach war also zwar die den beiden minderjährigen Appellaten ertheilte in integrum restitutio und deren Location sub II. 3 des Prioritäts-Erkenntnisses bei Bestand zu lassen, für den Antheil der vier großjährigen Appellaten an der dort locirten Dotalforderung ihrer Mutter aber die Appellantin mit ihrer sub II. 4 daselbst locirten Dotalforderung denselben vorzusetzen.

B. Sachenrecht.

7. Zum Nachbarrechte. Ku. 1494/1876.

In einem zwischen den Eigenthümern benachbarter städtischer Grundstücke obschwebenden Rechtsstreite hatte die klagende Partei behauptet, nach Stadtrecht werde den Nachbarn Miteigenthum zu gleichen Theilen an der als gemeinsamen Wassergang benutzten

Digitized by Google

s. g. Tüsche zugeschrieben, sofern nicht im gegebenen Einzelfalle entgegenstehende Privatdispositionen vorhanden seien.

Diese Rechtsbehauptung erklärte das Oberappellationsgericht durch Urtheil vom 14. Januar 1878 für unhaltbar.

Denn es würde den bestehenden realen Verhältnissen nicht entsprechen, wenn man die zwischen den Gebäuden verschiedener Eigenthümer verlaufenden schmalen Wassergänge, welche im Stadtbuche ein eigenes Folium nicht haben, als selbständige Grundstücke gelten lassen wollte, obwohl dieselben nur den Zwecken der anstoßenden Grundstücke dienen und getrennt davon gar keine Bedeutung haben würden. Es wird auch kaum jemals vorgekommen sein, daß für solche Tüschen ein Folium angelegt und den beiden Nachbarn als Miteigenthümern zu besonderen Eintragungen eröffnet wäre. Diese in den thatsächlichen Verhältnissen begründete Unselbständigkeit hat auch schon vor dem 1. Februar 1830 bestanden, und wenn vor diesem Normaltage ein statutarischer Rechtssatz in W. gegolten haben sollte des Inhalts, daß eine Tüsche, rücksichtlich deren ein anderes Rechtsverhältniß nicht erweislich sei, präsumtiv beiden Adjacenten zu gleichen Rechten gehöre, so würde solche Rechtsgemeinschaft doch immer nur auf die dem Verwendungszwecke des freigelassenen Raumes entsprechende Benutzung bezogen werden können, während das Areal ein selbständiges Eigenthumsobject nicht darstellen, sondern ein Bestandtheil der angrenzenden Grundstücke sein, und eine die Tüsche in zwei gleiche Hälften theilende Mittellinie die Eigenthumsgrenze bilden würde. Es läge dann also Alleineigenthum an je einer Hälfte, belastet mit einer dem andern Nachbarn zustehenden Servitut, vor.

---

8. Ersitzung von Servituten von städtischen Grundstücken. Ha. $973/_{1875}$.

Mittels einer am 11. September 1873 erhobenen Negatorienklage forderte der Eigenthümer eines städtischen Grund-

Digitized by Google

stücks von seinem Nachbarn die Beseitigung eines auf sein Gebiet überragenden Dachvorsprungs. Der Beklagte schützte die Einrede vor, daß die fragliche Vorrichtung schon seit 1853 in ihrer jetzigen Gestalt unangefochten bestehe, mithin für sein Grundstück ein die Klage elidirender Anspruch auf Eintragung einer entsprechenden Servitut erworben sei.

Ueber die thatsächlichen Voraussetzungen dieses Anspruchs spricht sich das Oberappellationsgericht in dem Bescheide vom 16. December 1875 so aus:

Der als begründet und liquide anerkannten actio negatoria auf Entfernung des überragenden Dachvorsprungs steht unzweifelhaft die Einrede wirksam entgegen, Beklagter habe auf dem Wege der Servitutenersitzung in Gemäßheit des § 11, 5 der revidirten Stadtbuch-Ordnung einen gegen den Kläger persönlich verfolgbaren Anspruch auf Eintragung der servitus protegendi für sein Grundstück erworben. Nach dem Wortlaute des Gesetzes wird dieser Anspruch begründet durch jeden gemeinrechtlichen Entstehungsgrund des der Eintragung bedürfenden und eintragungsfähigen Realrechts, mithin auch durch eine Servitutenersitzung, deren thatsächliche Voraussetzungen im vorliegenden Falle vollständig gegeben sind. Es steht fest, daß der streitige Dachvorsprung in seiner jetzigen Gestalt schon seit 1853 vorhanden ist und daß der Beklagte und dessen Rechtsvorgänger sich seitdem ohne Unterbrechung im fehlerfreien Rechtsbesitze befunden haben. Nach gemeinem Rechte würde damit die fragliche Dienstbarkeit ersessen sein; nach den Grundsätzen der Stadtbuch-Ordnung muß die Eintragung hinzukommen, welche nur durch den Eigenthümer des dienenden Grundstücks erwirkt, bezw. nur gegen diesen vermöge einer ihm persönlich obliegenden Verbindlichkeit erzwungen werden kann. Der § 11, 5 verweist deshalb ausdrücklich auf die beschränkende Bestimmung des § 37, 1, woselbst in Anwendung des Princips der Unumstößlichkeit des Stadtbuchinhalts vorgeschrieben ist, daß derjenige, auf welchen ein Grundstück verlassen worden, gegen einen in der Person eines Vorgängers entstandenen Anspruch auf Eintragung gesichert

Digitized by Google

sei. Daraus folgt aber nur, daß der „gemeinrechtliche Entstehungsgrund" einer Dienstbarkeit durch Ersitzung gegen den actuellen Eigenthümer der dienenden Sache als Eintragungstitel nur dann geltend gemacht werden kann, wenn seit der Verlassung auf ihn bezw. seinen Erblasser der Zeitraum eines longum tempus verstrichen ist, da die Handlungen und Unterlassungen derjenigen früheren Eigenthümer, zu denen er im Verhältnisse eines Singularsuccessors steht, ihn nicht binden. Im Uebrigen werden durch diese beschränkende Bestimmung die gemeinrechtlichen Erfordernisse der Servitutenersitzung nicht geändert, insbesondere wird der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks dadurch nicht verhindert, die Besitzzeit seiner Rechtsvorgänger ohne Rücksicht auf stattgehabte Beerbung sich anzurechnen.

---

9. Ersitzung von Gebäudeservituten nach Lübischem Rechte. Le. $704/_{1873}$.

Der Bürger L. in G. hatte auf seinem Grundstücke einen Stall errichtet, dessen dem unbebauten, der Stadtkämmerei gehörenden Grundstücke zugewendete Thür nach außen aufschlug und geöffnet in die Luftsäule des Nachbargrundstücks hineinragte. Er wurde deshalb vom Magistrate verklagt und zwar in erster Linie auf gänzliche Beseitigung der Thür, da dieselbe ohne des Klägers Willen und Vergünstigung angelegt sei (Art. 13, III. 12 des rev. Lüb. St. R.). Durch die Parteiverhandlungen wurde festgestellt, daß das Gebäude in seiner actuellen Construction bereits über Jahr und Tag unangesprochen bestanden habe, weshalb schon das erstinstanzliche Gericht den principalen Klagantrag auf Grund des Art. 2, I. 8 des rev. Lüb. St. R. abgewiesen hatte. Eventuell war beantragt, dem Beklagten wenigstens das Oeffnen der Thür in den der Kämmerei unbestritten gehörenden Luftraum zu untersagen. Das Vorgericht hatte gefunden, daß dieser mittels einer zweifellos be-

Digitized by Google

gründeten und liquiden Negatorienklage verfolgbare Anspruch durch Berufung auf den Art. 2 cit. nicht entkräftet werden könne, der Beklagte vielmehr darlegen müsse, daß seinem Grundstücke ein entsprechendes, auf einen gemeinrechtlichen Erwerbsgrund zurückzuführende Servitutrecht zustehe.

Das Oberappellationsgericht wies durch das im Uebrigen bestätigende Urtheil vom 2. Februar 1874 auch den eventuellen Klagantrag ab.

Gründe:

I. Nach der in G. recipirten Vorschrift des rev. Lüb. Rechts III. 12, Art. 13 hatte die Kämmerei zu G., wenn sie Eigenthümerin des unmittelbar an das Grundstück des Beklagten grenzenden Terrains war, das Recht, der Anlegung der in der Klage beregten Stallthür zu widersprechen und die Beseitigung der ohne ihren Willen und ihre Vergünstigung gemachten Anlage zu fordern. Dieses Recht ging indessen verloren, wenn es nicht nach Maßgabe der Bestimmung des Lüb. Rechts I. 8, Art. 2 binnen der Frist von Jahr und Tag ausgeübt wurde. Zur Ausübung desselben war aber die Erhebung der Klage erforderlich, indem in Art. 2 cit. die Ausdrücke „anfechten" und „ansprechen," wie bereits in dem von hier aus erlassenen, in der Sammlung von Entscheidungen in Rostock'schen Rechtsfällen II. Seite 111, 114 abgedruckten Erkenntnisse nachgewiesen worden ist, in dem Sinne der „gerichtlichen" Anfechtung, der „gerichtlichen" Ansprache benommen werden müssen. Eine solche gerichtliche Geltendmachung des Widerspruchsrechts ist innerhalb der Verjährungsfrist von Jahr und Tag nicht erfolgt. Der Senator R. hat sich nach den eigenen Angaben des Klägers darauf beschränkt, den Erbauer des Stalles und Vorgänger des Beklagten im Besitze des Grundstücks Nr. 189 B. Namens der Kämmerei darauf aufmerksam zu machen, daß er zu dem fraglichen Eingriffe in das Eigenthum derselben nicht berechtigt sei.

Da der Kläger selbst angegeben hat, daß die betreffende Stallthür in den Jahren 1855 und 1856 angelegt worden ist, so ist die von dem Beklagten vorgeschützte Einrede der

Digitized by Google

Verjährung liquide gestellt. Ob und unter welchen Voraussetzungen diese Einrede dadurch beseitigt werden kann, daß die fragliche Anlage dem Auctor des Beklagten nur precario gestattet ist, darf dahin gestellt bleiben. Denn aus den vom Kläger vorgebrachten Behauptungen, daß der B. von dem Senator R. Namens der Kämmerei auf die Unrechtmäßigkeit seines Eingriffs in deren Eigenthum hingewiesen, diesen Eingriff eingestanden und ausdrücklich erklärt habe, er wolle damit auch kein Eigenthumsrecht erwerben, läßt sich nicht entnehmen, daß der B. die Gestattung der Anlage precario erbeten und daß dieselbe ihm precario Namens der Kämmerei eingeräumt worden sei. Es fehlt daher an der Angabe der für die Annahme einer concessio precarii nothwendigen thatsächlichen Voraussetzungen. Wenn es nun zwar in der Klage wörtlich heißt:

„so können wir doch den gegnerischen Prätensionen gegenüber die Beibehaltung des precario geduldeten Thorweges nicht länger erlauben,"

so ergiebt doch der Zusammenhang, in welchem dieser Passus mit der vorangehenden Darstellung des Vorkommnisses zwischen dem Senator R. und dem Auctor des Beklagten steht, unwiderleglich, daß die prekäre Duldung des Thorwegs lediglich aus jener Darstellung gefolgert wird. In der Replik ist der Kläger auf eine concessio precarii nicht zurückgekommen. Erst in der Rechtfertigung der Appellation ist er mit der bestimmten Behauptung hervorgetreten, daß der Beklagte sowie sein Vorgänger im Besitze, der ꝛc. B., den Besitz des Thorweges nur precario gehabt. Wenn er im Anschluß an diese Behauptung erklärt, er habe ausdrücklich die die concessio precarii betreffenden Angaben gemacht, so steht seine Erklärung mit dem Inhalte der Acten in schneidendem Widerspruche. Wie bemerkt, ist die selbständige Behauptung einer concessio precarii überall nicht aufgestellt, die erwähnte prekäre Duldung des Thorweges läßt sich nur als eine aus dem referirten Vorkommnisse entwickelte völlig ungerechtfertigte Folgerung auffassen. Uebrigens geht in keiner Weise hervor,

Digitized by Google

daß der Kläger die precarii concessio auf andere als die bezeichneten Thatsachen hat stützen wollen. Da indessen diese Thatsachen nicht concludent sind, so muß schon deswegen die erfolgte Abweisung der Klage, insoweit sie auf Beseitigung des Thorweges gerichtet ist, bestätigt werden. Sollten aber auch die Angaben des Klägers anders als dahin verstanden werden müssen, daß, neben jenem Vorkommnisse hergehend, eine precarii rogatio et concessio stattgefunden habe, so würde sich doch die replicatio precarii, da sie erst in appellatorio vorgeschützt worden, als verspätet herausstellen und daher keine Berücksichtigung in decidendo finden können.

II. Theorie und Praxis haben in seltener Uebereinstimmung dem Art. 2 Lib. I. Tit. 8 des revidirten Lübischen Rechts eine Beziehung auf Gebäudeservituten beigelegt und die Vorschrift desselben dahin verstanden, daß eine Servitut, welche durch eine bauliche Einrichtung bewirkt wird, falls sie Jahr und Tag besteht, nicht mehr angefochten werden kann.

vergl. Mevius, Comment. in jus Lubec. ad I. 8, 2, Nr. 2 und ad III. 12, 8.

Stein, Gründliche Abhandlung des Lübischen Rechts II. §§ 19, 23.

Gerdes, Dissertatio de differentiis jur. comm. et Lubec. § 60.

Heineccius, Dissertatio de praescriptione annali jur. Lubec. § 28.

Baleke, Dissertatio de differentiis juris comm., Lubec. et Rostoch. § 18 in Gesterding Thesaurus jur. Lubec. I. pag. 126.

Brehmer, Dissertatio de annali juris Lubec. praescriptione § 22.

Bornemann, Rechtsfälle und Rechtsbestimmungen aus den Acten des Königl. Oberappellationsgerichts zu Greifswald I. Seite 24 ff.,

Bruhn, Sammlung von Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Lübecker Rechtssachen II. Seite 519.

Digitized by Google

v. Wilmowski, Lübisches Recht in Pommern, Seite 66 bis 79.

Hiesige Entscheidungen, Bd. 4, Seite 165.

Es ist im Wesentlichen nur eine Fixirung dieser bereits in der älteren Theorie und Praxis herrschenden Anschauung, wenn das Rostocker Stadtrecht I. 8, 2 der Vorschrift des revidirten Lübischen Rechts den Zusatz giebt:

„Und gleiches Recht soll auch bei allen übrigen Dienstbarkeiten gelten."

Wie der Art 3, Lib. III. Tit. 6 der Statuta revis. Lub., so schließt sich auch der Art. 2 cit. dem im Deutschen Rechte des Mittelalters entwickelten Institute der rechten Gewere an.

vergl. die Nachweisungen über den Schutz der Servituten durch rechte Gewere bei Laband, die vermögensrechtlichen Klagen nach den Sächsischen Quellen des Mittelalters, Seite 328.

Bestritten ist, ob die rechte Gewere als Verjährung oder als Ersitzung anzusehen sei. Mag sie auch in ihrer ursprünglichen Gestalt weder mit der römischrechtlichen praescriptio, noch mit der usucapio zusammenfallen, so hat sie doch mit beiden die Tendenz gemeinsam, den Besitzer gegen Ansprüche zu sichern,

vergl. Laband, l. c. Seite 352,

Heusler, die Gewere, Seite 252 bis 254,

und mag sie auch diesen Zweck in einer durchaus eigenthümlichen Weise erreicht haben, die auf das Innigste mit dem Deutschen Proceßrechte des Mittelalters zusammenhängt und durch dasselbe bestimmt wird,

vergl. Laband, l. c. Seite 352,

Heusler, l. c. Seite 456,

so steht doch soviel fest, daß die rechte Gewere — der thatsächliche unangefochtene Besitz eines dinglichen Rechts seit Jahr und Tag — die Wirkung hatte, jedes Recht zu präcludiren, dessen Durchführung dem Besitzer den nutzbaren Besitz seines Rechts entziehen würde.

vergl. Laband, l. c. Seite 322 ff.

Digitized by Google

Mit der Reception des Römischen Rechts trat an Theorie und Praxis die Frage heran, ob die rechte Gewere, *insoweit sie erhalten blieb*, der Verjährung oder der Ersitzung anzulehnen sei. Daß sie den Erfolg habe, die Verjährung der Klage herbeizuführen, konnte nicht in Zweifel gezogen werden. Streitig blieb, ob sie Ersitzung bewirke. Für das revidirte Lübische Recht ist dieser Streit entschieden. Wie die obigen Citate ergeben, haben Theorie und Praxis die Vorschrift des Art. 2 cit. gleich der Bestimmung des Art. 3. Lib. III. Tit. 6 (vgl. *Roth*, Bairisches Civilrecht II., Seite 195, Note 13) constant dahin aufgefaßt, daß durch dieselbe die Ersitzung begründet werde. Es kommen daher im Allgemeinen die Grundsätze des gemeinen Rechts über die Servitutenersitzung zur Anwendung, es unterscheidet sich jedoch die auf Art. 2 cit. gestützte Ersitzung von derjenigen des gemeinen Rechts in mehreren Punkten, von denen nach Lage des concreten Falles nur die folgenden der Hervorhebung bedürfen.

a) Die Dauer der Ersitzungszeit ist auf Jahr und Tag abgekürzt,

b) ein wirksamer Widerspruch gegen die begonnene Ersitzung kann von dem Eigenthümer des praedium serviens nur in der Form der Klage erhoben werden.

Ist auch dem Erkenntnisse voriger Instanz darin beizustimmen, daß aus der Befugniß des Beklagten, den fraglichen Thorweg in seinem Stalle zu haben, nicht die Berechtigung desselben folgt, die Flügel dieses Thorweges in den der Kämmerei gehörigen Luftraum zu öffnen, und muß auch ferner anerkannt werden, daß die Anlage des Thorweges, da dessen Flügel, wenn geöffnet, in den Luftraum des der Kämmerei gehörigen Grundstücks Nr. 190 hineinragen, nach Analogie einer projectio zu behandeln, mithin die daraus hergeleitete Berechtigung als ein jus projiciendi aufzufassen ist, so erscheint doch nach obiger Ausführung die Verwerfung der von dem Beklagten der an sich begründeten und liquiden actio negatoria gegenüber vorgeschützten Einrede der Ersitzung nicht gerechtfertigt.

Digitized by Google

Nach der nicht bestrittenen Behauptung des Beklagten hat die Kämmerei das Grundstück Nr. 190 im Jahre 1866 erworben. Die Klage ist am 6. März 1872 insinuirt. Die Frist von Jahr und Tag war mithin der Kämmerei gegenüber zur Zeit der Klagerhebung bereits abgelaufen.

Der Beklagte hat in seiner Vernehmlassung behauptet, daß er jedes Jahr bei vorkommenden Gelegenheiten, sei es um Vieh in seinen Stall hinein- oder aus demselben herauszutreiben oder Dung herein- oder wegzuschaffen, den Thorweg geöffnet habe und die Thorflügel über das Kämmereigebiet habe schlagen lassen. Der Kläger hat zwar in seiner Replik diese Behauptung bestritten, dagegen aber angegeben, daß der Beklagte den Thorweg zur Aus- und Einfahrt benutze und bei solcher Benutzung über das Kämmereigebiet fahre, eine Angabe, welche wiederum der letztere geleugnet hat. Diese Differenz betrifft lediglich den Zweck, zu welchem die Oeffnung des Thorweges geschehen ist, während unter den Parteien volles Einverständniß darüber besteht, daß der Thorweg in der Weise geöffnet worden, daß die Flügel desselben in den Luftraum des Kämmereigebiets hineingeragt haben — und nur hierauf kann es ankommen, weil dadurch die Ausübung der prätendirten Servitut seit Jahr und Tag constatirt wird.

Daß die Ausübung eine fehlerhafte gewesen, daß sie clam oder precario geschehen sei, ist nicht behauptet. Es steht fest, daß die Kämmerei zur Zeit der Acquisition des Grundstücks Nr. 190 bereits Kenntniß von der Existenz und von der Beschaffenheit des Thorweges gehabt. Ob eine mala fides auf Seiten des Beklagten die Ersitzung hindern würde, kann dahin gestellt bleiben, da der Kläger überall nicht dargelegt hat, daß seinem Gegner eine Unredlichkeit zur Last falle, und der Umstand, daß das Grundstück Nr. 190 sich im Eigenthum einer Stadtgemeinde befindet, steht so wenig der ordentlichen Servitutenersitzung des gemeinen Rechts, als der auf Art. 2 cit. des Lübischen Rechts gestützten Ersitzung entgegen.

Hienach liegen alle Voraussetzungen der Ersitzung vor.

Digitized by Google

Da die Berücksichtigung derselben, wenn sie dem gegenwärtigen Eigenthümer des praedium serviens gegenüber vollendet ist, durch die Grundsätze der revidirten Stadtbuchordnung nicht ausgeschlossen wird,

vgl. hiesige Entscheidungen, Bd. 7 Nr. 24,

so ist die Abweisung der erhobenen Klage auch insoweit geboten, als sie auf Untersagung der Oeffnung der Flügelthüren des fraglichen Thorweges in den der Kämmerei gehörigen Luftraum gerichtet ist.

---

10. Ueber die Annalverjährung des lübischen Rechts. (Stat. rev. Art. 2, I. 8,) Ha. $973/_{1875}$.

Der Eigenthümer eines Grundstücks in einer Vorstadt von Schwerin, wo unstreitig lübisches Nachbarrecht, insbesondere der Art. 13, III. 12 Geltung hat, klagte gegen seinen Nachbarn auf Beseitigung von drei Dachfenstern, welche derselbe unlängst an der dem Hofe des Klägers zugekehrten Seite seines Hintergebäudes angelegt habe. Der Beklagte wandte ein, die Fenster seien 1. mit Bewilligung des Klägers hergestellt und 2. schon Jahr und Tag vor der (am 11. September 1874) erfolgten Insinuation der Klage vorhanden gewesen. Das erstinstanzliche Gericht hatte die Verjährungseinrede verworfen, weil ihm nicht vorliege, daß der Art. 2, I. 8 recipirt, bezw. jemals zur Anwendung gekommen sei. Auf Appellation des Beklagten wurde demselben in zweiter Instanz der Beweis beider Einreden und zwar rücksichtlich der Verjährung dahin freigelassen, daß die libellirten Fenster schon am 10. September 1873 vorhanden gewesen seien.

Die dawider gerichtete Beschwerde des Klägers wurde vom Oberappellationsgericht durch Bescheid vom 11. December 1875 verworfen.

Gründe:

Rücksichtlich des Anspruchs auf Beseitigung der am Hause des Beklagten neu angelegten drei Dachfenster steht bereits

Digitized by Google

rechtskräftig fest, daß dieser Anspruch nach der hier maßgebenden statutarischen Vorschrift Art. 13, III. 12 des revidirten lübischen Stadtrechts begründet und liquide sei, aber durch die sub I. der sent. a qua in der ersten Alternative unter Beweis gestellte Einredebehauptung elidirt werde. Nach lübischem Rechte wird indessen eine unter den Art. 13 cit. fallende neue bauliche Anlage nicht bloß dadurch unanfechtbar, daß der einspruchsberechtigte Nachbar zuvor seine Einwilligung dazu gegeben, sondern auch dadurch, daß er versäumt hat, sein Einspruchsrecht gegen die nicht bewilligte Neuerung binnen Jahr und Tag geltend zu machen. Wenngleich nämlich an dieser Stelle des Stadtrechts von einer Verjährung nicht ausdrücklich die Rede ist, sondern die Anlage neuer Fenster ohne der Nachbarn Willen und Vergünstigung schlechthin untersagt wird, so liegt hier doch, wie in der Theorie und Praxis des lübischen Rechts völlig außer Streit ist, einer der wichtigsten Anwendungsfälle des im Art. 2, I. 8 aufgestellten allgemeinen Satzes vor, daß ein Gebäude, welches über Jahr und Tag unangesprochen gestanden hat, später nicht mehr angefochten werden kann. So wenig zweifelhaft es nun auch ist, daß dieser Satz in seiner vollen Tragweite als ein das ganze Immobiliarsachenrecht beherrschendes Princip in Schwerin nicht gilt, ebenso gewiß ist es doch, daß derselbe für alle diejenigen Eigenthumsbeschränkungen, welche lediglich auf Grund des lübischen Rechts bestehen, auch dort unbedenklich anzuwenden ist. Aus der Reception der Art. 10 und 13 III. 12 folgt ohne Weiteres, daß der hier statuirte, dem gemeinen Rechte unbekannte Einspruch des Nachbarn an die dabei als wesentliches Correctiv dieser exceptionellen Befugniß vorausgesetzte zeitliche Schranke gebunden sei. Dieser Schluß bleibt gerechtfertigt trotz der Bemerkung des erstinstanzlichen Gerichts, es liege ihm nicht vor, daß der Art. 2, I. 8 recipirt bezw. in decidendo zur Anwendung gekommen sei. Es müßte die positive Thatsache einbezeugt sein, daß in Schwerin nach constanter, in Streitfällen durch rechtskräftige Entscheidungen anerkannter Praxis der auf seinem servitutfreien Grundstücke

Digitized by Google

bauende Eigenthümer gegen den Widerspruch des Nachbarn erst dann gesichert sei, wenn er selbst die Freiheit seines Eigenthums von der statutarischen Beschränkung auf dem Wege einer gemeinrechtlichen Servitutenersitzung erworben habe oder gegen die Klage durch die Einrede der dreißigjährigen Verjährung sich schützen könne. Das ist um so weniger anzunehmen, als daraus sich ergeben würde, daß in Schwerin für Bausachen ein ganz singuläres, aus lübischem und gemeinem in völlig unorganischer Weise gemischtes Recht Geltung hätte.

Der Ausdruck „Jahr und Tag" dient bekanntlich in vielen Rechtsquellen als ungenaue kurze Bezeichnung für die im altdeutschen Gerichtswesen wichtige Frist von einem Jahr, sechs Wochen und drei Tagen (Grimm, Rechtsalterthümer Seite 223), ist aber in diesem Sinne nicht zu allgemeiner Anerkennung gelangt. Im Geltungsbereiche des lübischen Rechts wird derselbe nach unbestritten feststehender Usualinterpretation buchstäblich genommen, bedeutet also einen Zeitraum von einem Jahr und einem Tage.

Mevius, Comm. ad art. 1 I. 8 n. 16.

Pauli, Abh. aus dem lüb. R. I. Seite 174.

v. Wilmowski, Lüb. R. in Pommern, Seite 60.

Die Annalverjährung des nachbarlichen Einspruchs beginnt, sobald eine Rechtsverletzung vorliegt, welche zur Klagerhebung Anlaß bietet, mithin sobald eine der Genehmigung des Nachbarn bedürfende bauliche Veränderung „angerichtet" wird. Die Klage ist nicht erst nach Vollendung, sondern schon während der Ausführung der neuen Anlage begründet, wenn die Arbeit soweit fortgeschritten ist, daß die auf Herstellung eines dem Einspruche unterliegenden Werks gerichtete Absicht deutlich erkennbar wird. Demnach ist es zwar richtig, daß eine Klage wegen unstatthafter Anlegung neuer Fenster noch nicht zu begründen ist, wenn der Nachbar zu einem unbekannten, nicht ersichtlichen Zwecke ein Loch in seine Hauswand geschlagen oder einen Theil des Daches abgedeckt hat, allein ebensowenig braucht unter allen Umständen die Einsetzung

Digitized by Google

der mit Glasscheiben versehenen Rahmen abgewartet zu werden, wenn früher schon jeder Zweifel darüber gehoben ist, daß die hergestellten Oeffnungen den dauernden Zweck haben, als Fenster zu dienen. Darüber konnte Kläger im vorliegenden Falle um so weniger sich täuschen, als nach seinem eigenen in voriger Instanz abgegebenen Zugeständnisse Beklagter ihn von der intendirten Fensteranlage in Kenntniß gesetzt hatte. Ein Act, welcher geeignet gewesen wäre, die Verjährung vor der am 11. September 1874 erfolgten Insinuation der Klage an den Beklagten zu unterbrechen, ist nicht angeführt, es kann deshalb ununtersucht bleiben, ob ein außergerichtlicher Protest, der doch jedenfalls an den bauenden Nachbarn persönlich gerichtet, mindestens zu dessen Kenntniß gekommen sein müßte, ausgereicht haben würde. In erster Instanz hatte Kläger sogar ausdrücklich erklärt, er wisse nicht, daß der Beklagte jemals von der projectirten Fensteranlage mit ihm geredet habe. Dies hat derselbe nun zwar, wie bereits erwähnt, in voriger Instanz zurückgenommen mit der Bemerkung, er habe die vom Beklagten nachgesuchte Genehmigung zu der neuen Anlage verweigert, und auf den Einwand, nach Aussage der Bauhandwerker sei hier ein nachbarlicher Consens nicht erforderlich, erwidert, diese Autorität genüge ihm nicht, er werde sein Recht weiter suchen. Eine solche lediglich ablehnende Erklärung steht einem positiven Einspruche keineswegs gleich, es ist damit nur die erbetene ausdrückliche Zustimmung versagt unter Vorbehalt des einstweilen noch nicht geltend gemachten Einspruchsrechtes.

---

11. Verhältniß einer eingetragenen Gutsschuld zu der unterliegenden Obligation. Je. $23/_{1870}$.

Im 8. Bande dieser Sammlung sind unter Nr. 21, Seite 57 ff. mehrere Rechtsfälle mitgetheilt, deren Entscheidung von der Beantwortung der Frage abhing, ob der Cedent einer eingetragenen Gutsschuld auch die damit objectiv identische obligatorische Forderung, welche ihm zugestanden hatte, mit übertragen

Digitized by Google

habe. Das Oberappellationsgericht hat die dabei befolgten Grundsätze auch seither festgehalten und Anlaß gehabt, dieselben weiter auszuführen. In dem Debitwesen eines Gutsbesitzers lagen mehrere Cessionen von Gutsschulden vor, bei denen die unterliegenden, mit Generalpfandrechten versehenen Obligationen nicht besonders und ausdrücklich erwähnt waren, so daß die zu beantwortende Frage sich dahin präcisirte: Ueberträgt die Cession des Intabulats unter Aushändigung des Hypothekenscheins mit seinen Anschlüssen ohne Weiteres auch diejenige Forderung, welche der Schuldner in der angehefteten Urkunde constituirt hat, oder bedarf es zu diesem Erfolge einer ausdrücklichen Hervorhebung dieser Forderung in der Cessionserklärung? bzw. ist, wenn dies nicht geschehen, letztere, sobald sie in ihrer Fassung die Uebertragung der persönlichen Forderung nicht unzweifelhaft oder ausdrücklich ausschließt, so aufzufassen, als sei sie erfolgt? Das erstinstanzliche Erkenntniß hatte die Frage in dem zuletzt hervorgehobenen Sinne beantwortet und eine Mehrzahl von Gläubigern ging von der Auffassung aus, daß die persönliche Forderung ohne Weiteres mit der Cession des Intabulats übergehe, wenn sie nicht durch eine ausdrückliche Erklärung des Cedenten ausgeschlossen worden sei. Dem gegenüber wurde in den Gründen zu dem Urtheile vom 27. November 1876 ausgeführt:

> Das Oberappellationsgericht muß auch nach wiederholter Erwägung an der bereits in mehrfachen Entscheidungen ausgesprochenen und begründeten Auffassung festhalten, daß die Cession des Intabulats die persönliche Forderung nur dann überträgt, wenn diese entweder von jener ausdrücklich mitergriffen wird, oder wenn sich positiv und mit Sicherheit ergiebt, es habe auch die persönliche Forderung übertragen werden sollen, daß mithin die betreffende Erklärung in jedem einzelnen Falle nach dieser positiven Richtung zu prüfen ist.

Durch die Intabulation entstehen nach § 16 Nr. 1 der revidirten Ritterschaftlichen Hypothekenordnung selbständige dingliche Belastungen des Guts, welche Nr. 2 ibid. durch eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Nachsuchenden nicht bedingt sind; zur Entstehung des Intabulats ist nur erforder-

Digitized by Google

lich eine „das rechtliche Verhältniß der zu intabulirenden Belastung angebende" Urkunde — § 12 Nr. 1 ibid. Für letztere ist darnach eine persönliche Verpflichtung nicht wesentlich, vielmehr „solcherhalb Alles einer Vereinbarung der Betheiligten überlassen" — § 16 Nr. 2 ibid. Daraus folgt, daß, wenn eine solche Verpflichtung constituirt worden, nicht eine Obligation mit mehreren Schuldnern besteht, vielmehr sind alsdann zwei Obligationen existent geworden, welche auf denselben Zweck gerichtet, also objectiv identisch, aber was die Natur und den Inhalt der Verpflichtung selbst anlangt, von einander verschieden sind.

vergl. auch v. Meibom, Meckl. Hypothekenrecht, pag. 101. Beide bestehen neben einander und wenn auch das Realrecht insofern als das Primäre, die persönliche Forderung als das Secundäre bezeichnet werden mag, als die Sicherheit für die Realisirung wesentlich in dem Werthe des belasteten Guts gesucht wird, so hat eine solche Unterscheidung einen Werth nur in diesem ökonomischen Sinne, rechtlich erscheint keine Obligation, auch nicht das Realrecht, als die Hauptforderung mit der anderen als dem Accessorium. Von einer Hauptschuld und einer Nebenschuld in dem Sinne, daß Dispositionen über die eine für den Fall, daß nichts Anderes bestimmt worden, mit Nothwendigkeit auch die andere ergreifen, ist nicht die Rede.

v. Meibom, l. c. pag. 100, 105.

Tschierpe, Erörterungen zur ritterschaftlichen Hypothekenordnung sub Nr. V., 2. B. pag. 98; Nr. V. 1. B. pag. 93.

Es kann über die persönliche Forderung verfügt werden, ohne daß dadurch das Realrecht unmittelbar berührt wird, ihre Aufhebung durch Befriedigung des Gläubigers giebt nur einen Anspruch auf Tilgung des Intabulats, sie kann aber sonst aufgegeben werden, ohne daß dadurch das letztere tangirt wird, und es können Einreden existiren, welche der persönlichen, nicht aber der Intabulatforderung entgegenstehen.

Tschierpe, l. c. Nr. 5, 2. B. lit. d. c. pag. 100.

Die Tilgung und die Aufgabe des Intabulats vernichtet in-

Digitized by Google

sofern auch das persönliche Recht, als der aus dem letzteren Verpflichtete von dem Gläubiger die Abtretung des Realrechts verlangen kann — § 17 der revidirten Ritterschaftlichen Hypothekenordnung — Zahlung also nur zu leisten braucht, wenn ihm diese gewährt werden kann.

Tschierpe, l. c. Nr. 5, 2 B. lit. c. pag. 89.

Die Cession des Intabulats kann jedoch auch ohne das persönliche Recht erfolgen, die Folge aber davon ist nicht, daß letzteres beim Gläubiger zurückbleibt, sondern daß es erlischt. Die beiden Solidarobligationen können stets nur von Einem Gläubiger geltend gemacht werden aus denselben Gründen, aus welchen eine Theilung der passiven Correalstipulation unzulässig ist.

vergl. Fritz über den Musterfall der römisch. Correalobligation in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. N. F. XIX. pag. 64—66.

Wer sich des Realrechts entäußert, ohne die persönliche Forderung mitzuübertragen, giebt damit die letztere auf, indem er sich in die rechtliche Unmöglichkeit versetzt, dieselbe noch für sich geltend zu machen.

Tschierpe, l. c. Nr. V. 2. B. lit. a. pag. 98.

v. Meibom, l. c. pag. 101.

Dieser Wegfall ist die in der Natur des Obligationsverhältnisses begründete Selbstfolge einer solchen Disposition, damit er eintrete, ist es nicht nöthig, daß der Gläubiger bewußter Weise das persönliche Recht zu Gunsten des Schuldners aufgeben, also auf dasselbe verzichten wolle, es ist also für diesen Erfolg nicht erforderlich, daß eine dahin gerichtete Erklärung dem Schuldner gegenüber abgegeben und von diesem acceptirt werde.

Die Tragweite einer jeden Disposition über Vermögensrechte ist zu bemessen zunächst nach der Erklärung, in welcher sie hervortritt; der Wille manifestirt sich aus dieser und ist aus ihr zu entnehmen. Wer das Recht aus einem Intabulat cedirt, überträgt damit nicht ohne Weiteres auch die persönliche Forderung, welche auf einer selbständigen, neben der Guts-

Digitized by Google

belastung bestehenden Obligation beruht, und durch einen besonderen Rechtsact constituirt ist. Daß eine Präsumtion nach dieser Richtung bestehe, nach welcher anzunehmen wäre, daß dieser Erfolg eintrete, wenn nicht das Gegentheil aus der Cessionserklärung klar hervorgeht, kann nicht zugegeben werden. Wenn auch während der Geltung der ritterschaftlichen Hypothekenordnung vom 22. November 1819 eine Trennung des Intabulats als einer selbständigen dinglichen Belastung von der demselben zu Grunde liegenden Verpflichtung in der Art, daß ersteres ohne die letztere entstehen konnte, nicht bestand, und deshalb in den Cessionserklärungen beide nicht von einander getrennt wurden, die einfache Cession vielmehr beide ergriff, so ist dies Verhältniß eben anders geworden seit Emanation der revidirten Ritterschaftlichen Hypothekenordnung vom 18. October 1848 und die Consequenzen der Dispositionen sind seitdem nach derjenigen rechtlichen Natur zu beurtheilen, welche das Verhältniß nunmehr angenommen hat. Derjenige, welcher ein Intabulat erwirbt, kann niemals sicher darüber sein, ob die ursprünglich darneben constituirte persönliche Forderung noch bestehe,

Tschierpe, l. c. Nr. V. 2 E. pag. 102, 103.

er muß sich, wenn er die Absicht hat, dieselbe mit dem Intabulate zu acquiriren, erst darüber vergewissern, und ebenso sicher darüber sein, daß der Cedent sie abtreten wolle. Diese Gewißheit erlangt er durch vorherige Verhandlung mit dem Cedenten, oder ohne eine solche aus der Cessionserklärung, wenn diese das persönliche Recht entweder ausdrücklich oder durch solche Worte, welche es mit ergreifen, überträgt. Die Annahme, es habe in dubio der Cedent alle seine Rechte ohne Ausnahme übertragen, und der Cessionar sie so erwerben wollen, steht auf einer viel zu unsicheren Basis, als daß aus ihr rechtliche Consequenzen für den Inhalt und die Tragweite des Rechtsgeschäfts gezogen werden könnten. Mit gleichem Grunde kann gesagt werden, es gehe aus der Beschränkung der Cessionserklärung auf das Intabulatrecht hervor, daß nach der Meinung der Contrahenten nur dieses habe übertragen

Digitized by Google

werden sollen, und gewiß wird dies der Fall sein, wenn zur Zeit der Cession das persönliche Recht nicht mehr bestand. Dem gewählten Ausdrucke in dem einen Falle den einen Sinn, in dem andern Falle den andern Sinn auf Grund einer bloßen Vermuthung unterlegen zu wollen, ist offenbar unzulässig. Ebenso bedenklich ist es, aus der Art und Weise des Geschäftsverkehrs und aus den wechselnden Formen der Cessionserklärung eine den Contrahenten, wenn auch unbewußt, innewohnende Absicht, daß Alles, was zu übertragen möglich sei, im Fragefalle gewährt und genommen werden solle, als entscheidend zu entnehmen. Als die öconomisch wichtigere und meist entscheidende Seite der Cession erscheint die Uebertragung der Gutsbelastung, weil die Sicherung für die Realisirung der Forderung vorzugsweise in ihr gesucht, und deshalb die Güte des Intabulats zunächst geprüft wird. Es läßt sich mithin mit demselben Rechte sagen, der Wille der Contrahenten richte sich eben nur auf das Intabulat, und es sei in jedem Falle erst zu erweisen, daß die Rücksicht auf die Person und die Solvenz des Schuldners mit maßgebend gewesen sei, und was die angebliche Verpflichtung des venditor nominis anlangt, seinem Käufer Alles dasjenige zu übertragen, was er bezüglich der Forderung in seinen Händen habe, so kommt es, abgesehen von den Accessorien, zu welchen die persönliche Forderung nicht gehört, vor Allem eben erst auf die Tragweite der durch den Contractsschluß wirklich übernommenen Verpflichtung an. Aus der Thatsache, daß dem Cessionar der Hypothekenschein ausgehändigt wird, und daß die demselben angeheftete Urkunde, welche auch die persönliche Verpflichtung enthält, als integrirender Theil des Scheins anzusehen ist, folgt nichts. Diese Urkunde ist dem Hypothekenscheine nur insofern wesentlich, als sie — cfr. § 12 Nr. 1 der revidirten Ritterschaftlichen Hypothekenordnung — die Modalitäten für das Intabulat enthält, und als Alles, was in dieser Beziehung bestimmt worden, Theil und Inhalt der dinglichen Belastung ist und als solche aus dem Hypothekenscheine hervorgeht.

cfr. Tschierpe, l. c. Nr. IV. 1, 7 pag. 85, 86.

Digitized by Google

Die persönliche Verpflichtung und deren Constituirung ist aber etwas dem Hypothekenscheine und der ihm angehefteten Urkunde Unwesentliches, Zufälliges — cfr. § 16 Nr. 2 der revidirten Ritterschaftlichen Hypothekenordnung — und es läßt sich nicht sagen, daß die Disposition über den Hypothekenschein ohne Weiteres auch diejenigen Rechte ergreife, welche zufällig in seiner Anlage constituirt sind, und für deren Fortexistenz die Aufnahme in diese Anlage keinerlei Garantie bietet. Endlich läßt sich aus dem § 17 der revidirten Ritterschaftlichen Hypothekenordnung nichts ableiten; denn die hier festgestellte Berechtigung des Schuldners, von dem Inhaber des Hypothekenscheins gegen vollständige Befriedigung die Cession seiner Rechte zu verlangen, bezieht sich eben nur auf das Intabulat selbst, nicht auch auf die objectiv identische persönliche Forderung.

Tschierpe, l. c. Nr. V. 1 B. c. pag. 95.
Nr. VI. 1 A. pag. 115.
v. Meibom, l. c. pag. 233.

Es ist nach Allem diesem dabei stehen zu bleiben, daß das Recht aus der persönlichen Verpflichtung des Schuldners nur alsdann als abgetreten anzusehen ist, wenn sich eine hierauf gerichtete Absicht aus den betreffenden Vorlagen ergiebt.

Das dawider von den betheiligten Gläubigern ergriffene Rechtsmittel der Restitution blieb erfolglos.

Gründe des bestätigenden Erkenntnisses vom 23. Mai 1878:

Eine Gutsschuld ist eine selbständige dingliche Belastung des Gutes; weder für die Entstehung noch für den Fortbestand derselben ist eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden oder des Rechtsnachfolgers im Eigenthum des Gutes erforderlich. Mit der Gutsschuld kann eine persönliche Verbindlichkeit concurriren, sei es aus dem der Gutsschuld zu Grunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäft, sei es in Folge besonderen Zahlungsversprechens (constitutum) in der für die Gutsschuld nach § 12 der Verordnung vom 18. October 1848 auszustellenden Urkunde oder in einer späteren Agnitionsacte. Aus der Selbständigkeit der Gutsschuld folgt,

Digitized by Google

daß sie auch ohne die daneben bestehende persönliche Verbindlichkeit übertragen werden kann, und es ist eine lediglich nach dem Inhalte des Uebertragungsactes zu beantwortende quaestio facti, ob in Cessionsfällen der Cedent eine ihm etwa zuständig gewesene obligatorische Forderung dem Erwerber der Gutsschuld mit abgetreten habe. Diese für die jetzt zu beurtheilenden Cessionen vom ersten Richter bejahte Frage ist in dem hiesigen Appellationserkenntnisse verneint worden, wogegen das auf implorantischen Antrag von der Juristenfacultät zu Leipzig eingeholte Erachten, wenn auch in einer von den Rationen des erstinstanzlichen Urtheils abweichenden Begründung, sich wieder zu Gunsten der Imploranten ausgesprochen hat. Auch bei wiederholter Prüfung wird diesseits die frühere hiesige Entscheidung als die dem Rechte entsprechende erachtet.

Wie der Umfang einer jeden rechtlichen Verfügung aus der disponirenden Erklärung zu bestimmen ist, so ist auch für die Tragweite einer Cession die Cessionserklärung von maßgebender Bedeutung. In den vorliegenden Fällen hat der Cedent seine Rechte aus dem Hypothekenscheine übertragen. Der Annahme, daß das Wort „Hypothekenschein" doppelsinnig sei, eine engere und weitere Bedeutung habe, kann nicht beigetreten werden. Es kann sprachlich nur damit gemeint sein und wird auch sowohl im Gesetze wie im gemeinen Sprachgebrauche darunter nur verstanden der von der Hypothekenbehörde vorschriftsmäßig auszustellende Schein, also das amtliche Attest über die geschehene Eintragung einer Hypothek, d. h. im Sinne des Gesetzes einer von der Coexistenz eines persönlichen Anspruchs unabhängigen Grundschuld. Diesem Scheine soll die das Intabulat begründende Urkunde angeheftet werden, also eine Urkunde, aus welcher sich die causa intabulationis ergiebt. Dieselbe muß, um diesen Zweck zu erfüllen, eine auf die Intabulation gerichtete rechtsbeständige Willenserklärung des Eigenthümers des zu belastenden Grundstückes enthalten; im Uebrigen ist ihr Inhalt, insofern darin das Motiv jener Willenserklärung, z. B. die beabsichtigte Sicherstellung einer Darlehnsforderung, angegeben ist, für den

Digitized by Google

Bestand der durch den Hypothekenschein beurkundeten Grundschuld gleichgiltig. Die anzuheftende Urkunde ist daher keineswegs ein integrirender Theil des Hypothekenscheins, sie ist und bleibt (auch nach dem Ausdrucke des Gesetzes) ein bloßer Anschluß, aus dem zu ersehen ist, daß die Eintragung non sine causa erfolgt sei. Als solche Anschlüsse erscheinen, wenn Cessionen vorgekommen sind, neben der das Intabulat begründenden Urkunde auch die Cessionsdocumente. Wer den Hypothekenschein empfängt, der empfängt thatsächlich alle diese Anschlüsse ebenfalls, das Gesetz brauchte dieselben mithin, wo von der ersten Aushändigung des ausgestellten Hypothekenscheins (§ 13, 2) und von dessen Weiterbegebung (§ 26, 4) die Rede ist, nicht besonders zu erwähnen, wie das in § 19, 1 allerdings erforderlich war und auch geschehen ist. Geht man von dieser Betrachtung aus, so ist es klar, daß es ein großer Unterschied ist, ob Jemand sagt:

„ich cedire die laut anliegenden Hypothekenscheins für mich da und da intabulirte Forderung von der und der Höhe"

oder ob die Cession lautet:

„ich cedire vorbehaltlos alle aus dem anliegenden Hypothekenscheine mir zustehenden Rechte"?

In jenem Falle ist Gegenstand der Cession die Forderung, welche nach Ausweis des Hypothekenscheines eingetragen ist, und damit ist denn, da die cedirte Forderung ohne die Grundschuld eine obligatio inanis sein würde, letztere mitübertragen; in diesem ist lediglich die Uebertragung der Grundschuld zum Ausdrucke gebracht und dabei muß es bewenden, und dies gilt hier um so gewisser, als alle in Betracht kommenden Hypothekenscheine ausdrücklich „die Forderung an das Gut" beurkunden. Es kommt nicht darauf an, was die Cessionare angeblich bedungen hatten, und die Cedenten demgemäß vermuthlich haben gewähren wollen, sondern lediglich auf die von diesen abgegebene und von jenen angenommene Cessionserklärung. Nach dem Gesammtinhalt unserer Hypothekenordnungen, speciell der revidirten Ritterschaftlichen und der revidirten Stadtbuchordnung, beruht die Bedeutung

Digitized by Google

des Hypothekenscheins nur darauf, daß durch denselben der Bestand und die nähere Beschaffenheit der eingetragenen dinglichen Belastung als solcher beurkundet wird, und die hierüber ausgestellte öffentliche Urkunde insofern zugleich der Träger der durch sie bescheinigten dinglichen Forderung ist, als an ihren Besitz eine Reihe der wichtigsten Befugnisse bezüglich der Geltendmachung, wie der Uebertragung und des Erwerbes dieser Forderung geknüpft ist, während die derselben unterliegende persönliche Forderung in allen diesen Beziehungen gänzlich außer Betracht bleibt, und die darüber ausgestellte dem Hypothekenscheine angeheftete Urkunde nur insofern von Bedeutung ist, als sie über das rechtliche Verhältniß der zu intabulirenden Belastung des Grundstücks Aufschluß giebt.

Dieser rechtlichen Bedeutung des Hypothekenscheins entsprechend kann man daher, wie in der einfachen Cession eines solchen, so auch in der Cession der Rechte aus demselben nur den Ausdruck der Absicht finden, die dadurch bekundete und gewissermaßen getragene dingliche Forderung auf den Cessionar zu übertragen, und würde man, da die abgegebene Willenserklärung, der ausgedrückte Wille den Inhalt und die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes bestimmt, insbesondere wo letztere, wie hier, dritten Personen gegenüber in Betracht kommt, allen festen Boden unter den Füßen verlieren, wollte man über den an sich klaren und bestimmten Wortlaut hinaus in jedem einzelnen Falle untersuchen, ob nicht nach den möglichen und wahrscheinlichen Intentionen der Contrahenten noch ein Mehreres gewollt ist, als gesagt und erklärt worden. Ist dies der Fall gewesen, so haben die Betreffenden es sich selbst zuzuschreiben, wenn sie nicht für einen entsprechenden Ausdruck ihres Willens gesorgt haben, was hier noch obendrein so außerordentlich leicht zu bewerkstelligen war.

Demgemäß war in den hier zur Frage stehenden Fällen ein Miterwerb der persönlichen Forderung nicht anzuerkennen.

Digitized by Google

12. Beitrag zur Auslegung der rev. Ritterschaftlichen Hypothekenordnung vom 18. October 1848. (§ 4 und § 32). Je. 23/1870. Str.

Als Gutsbelastungen, welche von jeder Eintragung in das Hypothekenbuch ausdrücklich ausbeschieden sind, bezeichnet der § 4 des in der Ueberschrift genannten Gesetzes: 1. Steuererlegnisse und öffentliche Abgaben aller Art, sowie die Beiträge zu den landesherrlich bestätigten Brand- und Hagelversicherungsinstituten; 2. alle Leistungen zur Reparatur und zum Bau von geistlichen und Schulgebäuden; 3. die Beschränkungen gewöhnlicher Gutsgerechtigkeiten, z. B. landesherrliche Jagdreservationen und die Verbindlichkeit zur Erneuerung der Lehnbriefe und Allodialitätserklärungen in Veränderungs- und Veräußerungsfällen. Der § 32 bestimmt, daß die nach § 4 von der Eintragung ausbeschiedenen Erlegnisse, Abgaben und Beiträge in Concursen aus der Specialmasse des Gutes nach Vorabnahme der dieselbe treffenden Concurskosten vorweg zu befriedigen sind. Es ist streitig geworden, ob diese Bestimmung auch auf Abgaben sich bezieht, welche von allodificirten Lehngütern in Veräußerungsfällen, mithin nicht als jährliche Allodialitätsrecognition (§ 8, 4) zu entrichten sind.

Bei der Allodification eines Lehnguts war in dem Allodialbriefe festgesetzt, daß bei freiwilligen Veräußerungen an einen zur Familie des Besitzers nicht gehörenden Erwerber, sowie im Falle unfreiwilliger, gerichtlicher Veräußerung, der Acquirent sofort nach erfolgter Tradition die Bestätigung der Allodialität nachzusuchen, zum Homagialeide sich zu melden und für den Allodialbrief 3 % des Gutspreises zu entrichten habe. Ein Käufer dieses Gutes war alsbald nach der Tradition in Concurs gerathen, die noch nicht entrichtete Abgabe wurde im Concurse angemeldet und durch das erstinstanzliche Prioritätsurtheil nach Maßgabe der oben citirten Gesetzesstellen in der Specialmasse locirt. Auf Appellation nachgesetzter Gläubiger erkannte das Oberappellationsgericht unterm 24. Februar 1874, daß dieser Posten in die Specialmasse nicht gehöre, sondern in die Generalmasse und zwar

Digitized by Google

an diejenige Stelle verwiesen werde, welche demselben als einer contractlichen Forderung des Fiscus zukomme.

Gründe:

1) Durch die bei der Allodificirung des Lehnguts K. Seitens des Allerhöchsten Landesherrn in dem Allodialbriefe vom 25. Februar 1839 ausgesprochene Reservation ist insofern eine Beschränkung in der Disposition über dies Gut constituirt, als bei freiwilliger Veräußerung an einen zur Familie des letzten Besitzers unmittelbar nicht gehörigen Acquirenten, sowie bei unfreiwilligen Veräußerungen jedesmal die Bestätigung der Allodialität und ein desfallsiger neuer Allodialbrief erwirkt werden soll. Damit ist eine das Gut selbst treffende Beschränkung gegeben, welche in Gemäßheit des § 4 der revidirten Ritterschaftlichen Hypothekenordnung vom 18. October 1848 alle Nachfolger des ersten Allodialbesitzers ohne Weiteres bindet. Wenn gleichzeitig ein in solchen Fällen der Veränderung an den Landesherrn zu entrichtendes Erlegniß festgestellt wurde, so geschah dies in der Weise, daß der neue Acquirent sofort nach erfolgter Tradition die Bestätigung der Allodialität nachzusuchen und dafür drei Procent des Kaufgeldes zu entrichten hat. Dies Erlegniß erscheint somit als eine Leistung, welche von ihm geschuldet wird, sobald die Tradition an ihn geschehen ist, und gegen welche die Anerkennung seines Eigenthums, sowie die Ausfertigung des Allodialbriefes und die Zulassung zum Homagialeide erfolgt. Er hat dasselbe also zu entrichten, damit er die letztere erlange und bevor ihm durch die Eröffnung des Hypothekenbuchs die Möglichkeit gegeben ist, durch Eintragung in die Folien desselben über das Gut zu disponiren. Es erscheint somit das Erlegniß zunächst als eine persönliche Schuld, welche als solche nicht das Gut selbst belastet, wie dies mit den im § 4 cit. sub 1 und 2 aufgeführten regelmäßig wiederkehrenden, das Gut treffenden Abgaben und Leistungen der Fall ist, die unabhängig von einem Besitzeswechsel sind, und es wird an diesem Verhältniß auch alsdann nichts geändert, wenn dem neuen Erwerber der Allodialbrief ausgehändigt oder er als Eigenthümer anerkannt sein

Digitized by Google

sollte, bevor er jene Gebühr bezahlt hat. Letztere wird dadurch nicht eine Gutslast, sondern sie ist ihm nur creditirt worden, und das Gut kann zur Abbürdung der Schuld nicht anders herangezogen werden, wie ein jedes immobile zur Beitreibung einer Geldschuld auf dem Wege der Execution. Es ist danach durch den Umstand, daß die Verpflichtung zur Erwirkung der Bestätigung der Allodialität auf dem Gute selbst ruhet, noch nicht ohne Weiteres das Resultat gegeben, daß auch das dafür zu entrichtende Erlegniß eine Gutslast ist, ebensowenig wie bei Lehngütern die Pflicht zur Zahlung der Lehnsgebühren und der Laudemialgelder — an deren Stelle das jetzt zur Frage stehende Erlegniß getreten ist — das Gut selbst trifft, vielmehr als eine persönliche Leistung erscheint, welche von dem Acquirenten dafür aufzuwenden ist, daß er als Lehnsbesitzer anerkannt und ihm die Disposition über das Gut eingeräumt wird.

2) Es folgt schon hieraus, daß wenn der § 32 Nr. 1 a der revidirten Ritterschaftlichen Hypothekenordung besagt, es seien aus der Specialmasse des Gutes vorweg zu befriedigen „die nach § 4 von der Gutsbeschreibung ausbeschiedenen Erlegnisse, Abgaben und Beiträge", unter denselben nicht schon ohne Weiteres begriffen werden die Erlegnisse für die im § 4 gedachte Bestätigung der Allodialität, und es läßt sich deshalb nicht sagen, daß letztere im § 32 Nr. 1 a hätten ausdrücklich ausbeschieden werden müssen, wenn sie durch jene generelle Bezeichnung nicht erfaßt werden sollten. Diese Bestimmung ergreift nur diejenigen Leistungen, welche als eigentliche Gutslasten anzusehen sind, und zu diesen gehören jene Erlegnisse nicht. Es kommt hinzu, daß hier offenbar nur diejenigen Abgaben, Beiträge ꝛc. aufgeführt sind, welche von dem Gute in regelmäßiger Wiederkehr aufzuwenden sind, wie sich aus der Bezugnahme auf den Nr. 6 rücksichtlich der Zeitbeschränkung ergiebt, und auch als eine Leistung dieser Art erscheint die zur Rede stehende Gebühr nicht.

3) Fällt daher die letztere schon nach dem Wortlaute nicht unter die Vorschrift des § 32 Nr. 1 a, so läßt sich dies Re-

Digitized by Google

sultat auch aus den Principien rechtfertigen, welche bei dem Erlaß der revidirten Ritterschaftlichen Hypothekenordnung dafür maßgebend gewesen sind, daß die Verpflichtung zur Erwirkung der Allodialitätserklärung in die Gutsbeschreibung nicht hat aufgenommen werden sollen. Während die Ritterschaftliche Hypothekenordnung vom 22. November 1819 im § 2 verordnete, daß auch Beschränkungen gewöhnlicher Gutsgerechtigkeiten in die Beschreibung aufzunehmen seien und die Verordnung vom 28. Januar 1822 in der Anlage sub Nr. VIII c. zu letzteren auch die Verbindlichkeit zur Erneuerung der Allodialitätsrecognitionen rechnete, hat die revidirte Ritterschaftliche Hypothekenordnung vom 18. October 1848 unter Aufhebung dieser Bestimmung im § 4 sub Nr. 3 festgesetzt, daß solche Beschränkungen von der Eintragung in das Hypothekenbuch ausbeschieden seien und zwar, wie sich aus dem sogenannten Doberaner Protokoll vom 20. August 1827 pag. 6 ergiebt, aus dem Grunde, weil die Aufführung derselben auf das creditorische Interesse von keinem Einflusse sei, wenigstens nicht zu der Folge, daß die Sicherheit der Gläubiger durch deren Existenz wesentlich gefährdet werde. Letzteres würde aber entschieden der Fall sein, wenn das von dem Käufer zu entrichtende Erlegniß für die ihm zu gewährende Bestätigung der Allodialität als eine Gutslast zu der Folge angesehen werden sollte, daß dasselbe im Falle der nicht geschehenen Zahlung vor allen intabulatis aus der Gutsmasse berichtigt werden und so die percipienda der Gläubiger verkürzen sollte. Wie der gegenwärtige Fall zeigt, kann dasselbe, da es nicht feststehend ist, sondern auf willkürlicher Feststellung beruhet, ein so bedeutendes sein, daß seine Vorabnahme auf die Befriedigung der Gläubiger von wesentlichem Einflusse ist, ohne daß letztere, welche für die Beurtheilung der Creditwürdigkeit auf den Inhalt des Hypothekenbuchs angewiesen sind, sich in der Lage befinden, eine für sie so nachtheilige Folge vorauszusehen. Daß auch noch andere Ereignisse möglich sind, welche, wie die vom Appellanten in jetziger Instanz hervorgehobenen Expropriationen, unter Umständen den Werth des Guts für

Digitized by Google

die bereits intabulirten Gläubiger schmälern können, steht dieser Erwägung nicht entgegen. Denn es sind dies immer außerordentliche Fälle, welche auf Specialgesetzen beruhen und da nicht zur Consequenz gezogen werden können, wo es sich um die Priorität von Erlegnissen handelt, welche, obwohl das Verhältniß, aus welchem sie originiren, auf dem Gute als eine Beschränkung ruhet, doch bewußter Weise von der Aufnahme in das Hypothekenbuch ausbeschieden sind. Liegt nun der Hypothekengesetzgebung das Hauptprincip zu Grunde, die creditorischen Rechte in jeder Hinsicht zu sichern, das Vertrauen in den Realcredit zu befördern und Alles zu vermeiden, was irgend einen Zweifel oder ein Mißtrauen in denselben hervorrufen könnte, so würde es, wenn die Gläubiger sich eine Vorwegnahme solcher Erlegnisse aus der Specialmasse gefallen lassen sollten, nöthig gewesen sein, entweder dieselben in die Gutsbeschreibung aufzunehmen, wie dies rücksichtlich der jährlichen Allodialitätsrecognitionen im § 5 Nr. 4 geschehen ist, oder sie im § 4 als solche ausdrücklich zu benennen, welche in das Hypothekenbuch nicht einzutragen seien, und sie dadurch als eine Gutslast zu charakterisiren. Beides ist nicht geschehen. Mit jenen Allodialitätsrecognitionen sind sie nicht zu identificiren, da diese in jährlicher regelmäßiger Folge und in von vorne herein bestimmten Summen zu zahlen und dem Gute selbst als eine Last für die demselben gewährte Allodialität auferlegt sind, was Alles hier nicht zutrifft, der § 32 Nr. 1 c aber durch ausdrückliche Verweisung auf den § 8 Nr. 4 eben diese Recognitionen und nur diese privilegirt. Wenn daher der § 4 cit. nur die Verbindlichkeit zur Erneuerung der Allodialitätserklärung benennt, der dafür zu leistenden Zahlung aber nicht gedenkt, so ist daraus zu entnehmen, daß zwar die erstere auf dem Gute als eine Beschränkung ruhe und, von jeder Priorität unabhängig, die Gläubiger und die Nachfolger im Besitz treffe, daß aber die letztere den ihr ursprünglich beiwohnenden Charakter einer persönlichen Leistung des Käufers nicht verloren habe.

Hiernach war die gedachte dem Betrage nach feststehende

Digitized by Google

Forderung in die Generalmasse zu verweisen. In dieser wird principaliter die bevorzugte Stellung in Anspruch genommen, welche das dem Fiscus zustehende Privileg gewährt. Dies Privilegium gab nach den Rechtsquellen dem Fiscus ein Vorrecht vor allen Gläubigern rücksichtlich des tributum

l. 1 C. in quibus caus. (8, 15)

l. 1 C. si propter publ. pens. (4, 46)

d. h. derjenigen directen Steuer, welche als tributum agri von den ihr unterworfenen Grundstücken oder als tributum capitis, also als Kopfsteuer erhoben wurde, worüber zu vergleichen

v. Savigny, über die röm. Steuerverfassung (Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. VI. pag. 321 ff.),

Puchta, Institutionen Bd. I. pag. 378 ff.,

Dernburg, Pfandrecht Bd. I. pag. 348 ff.

Hat nun auch die Praxis dies Privileg auf alle öffentlichen Steuern und Abgaben ausgedehnt, so ist sie doch weiter nicht gegangen und rechnet namentlich nicht dahin die Gebühren oder sonstigen Gefälle, welche durch Erlasse oder sonstige Acte der Staatsgewalt hervorgerufen werden. Um solche handelt es sich aber bei der jetzt zur Frage stehenden Forderung. Diese hat ihren Grund nicht in einem Acte der gesetzgeberischen Gewalt des Staats oder des Landesherrn, durch welche eine feststehende Abgabe oder Steuer aufgelegt wäre, sondern lediglich in einem Abkommen, durch welches der Lehnsherr der Bitte des Lehnmannes um Entlassung des Guts aus dem Lehnsnexus gewillfahrt, dafür Sich aber die Zahlung einer Gebühr reservirt hat, welche der Nachfolger im Besitz in den besonders hervorgehobenen Fällen zu entrichten hat. Da der Lehnmann die Allodification unter dieser ihm gestellten Bedingung acceptirte, so beruhet die also festgestellte Gebühr auf einem beiderseitigen Einverständniß wie beim Abschluß eines Vertrages und der Gesichtspunkt einer öffentlichen Steuer oder Abgabe ist ganz ausgeschlossen, vielmehr kann für die liquidirte Forderung nur dasjenige Vorzugsrecht in Anspruch genommen werden, welches das Recht den Contractsforderungen des Fiscus gewährt.

Digitized by Google

Diese Entscheidung ist in der Restitutionsinstanz durch Urtheil vom 23. November 1874 lediglich bestätigt.

---

13. Pfandprivileg wegen versio in rem. Haftung des Pfandes für rückständige Zinsen und für die auf die Beitreibung der Pfandschuld verwendeten Proceßkosten.

Usurae ultra alterum tantum. Bu. $1211/_{1869}$.

Zu Anfang der vierziger Jahre hat eine Regulirung der auf dem Wendisch-Priborner Antheile von Altenhof befindlichen Bauerstellen stattgefunden, in Folge deren die Gutsherrschaft fünf verkleinerte Bauerstellen, welche in den Lehnsverband von Wendisch-Priborn aufgenommen wurden, zu vollem Eigenthume käuflich zu überlassen hatte. Der mit dem Bauer G. zu Johannis 1846 abgeschlossene Kaufcontract bestimmte in § 6:

> Das rückständige Kaufgeld wird in das zu errichtende Hypothekenbuch primo loco eingetragen und bis zur Auszahlung in halbjährigen Raten mit $4^1/_2$ Procent verzinst.

Die hier vorgesehene Errichtung eines Hypothekenbuches unterblieb.

Nach dem Tode des G. wurden dessen Beneficialerben von dem Verkäufer im September 1866 zunächst auf die bis dahin vollständig unentrichtet gelassenen Zinsen verklagt. Die Beklagten wurden verurtheilt. Da Zahlung nicht erfolgte, kam die Hufe im Executionswege zur Subhastation. In dem damit eröffneten Specialconcurse forderte der Kläger wegen der ihm rechtskräftig zugesprochenen Zinsen und Proceßkosten, sowie wegen des rückständigen Kaufgeldes an erster Stelle befriedigt zu werden, indem er aus § 6 des Kaufvertrags ein Pfandrecht an dem subhastirten Grundstücke und zwar mit dem Privileg aus der versio in rem beanspruchte. Der erstinstanzliche Distributionsbescheid locirte ihn indessen als chirographarischen Executionsgläubiger an letzter Stelle hinter allen Pfandgläubigern. Diese in zweiter Instanz

Digitized by Google

bestätigte Entscheidung hob das Oberappellationsgericht durch Urtheil vom 25. Mai 1875 wieder auf und erkannte dem Antrage des Klägers gemäß.

Gründe.

Es handelt sich für die jetzt abzugebende Entscheidung darum:

Erstens

ob Kläger auf Grund des über das subhastirte Gehöft mit dem wail. Hauswirth G. daselbst am 11. Juli 1846 unbestritten abgeschlossenen, und daher auch rücksichtlich seines Inhalts keiner besonderen Anerkennung bedürftigen Kaufcontracts, in Beziehung auf das noch unabgeführt gebliebene Kaufgeld von 900 Thlr. $N^2/_3$ und die seit Johannis 1846 rückständigen Zinsen zu $4^1/_2$ % vor den sub V. 4, 5, 6 jenes Distributionsbescheides mit ihren hypothekarischen Forderungen ihm vorgesetzten Appellaten ein Vorzugsrecht in Anspruch zu nehmen befugt ist;

Zweitens

ob ihm die rückständigen Zinsen nicht nur bis zum Belaufe des **alterum tantum**, sondern, da sie den Betrag des Capitals erst während des über das Gehöft ausgebrochenen Specialconcurses erreicht und überschritten haben, auch über dieses hinaus zuzuerkennen sind;

Drittens

ob im Falle des Obsiegs mit seinem erstgedachten Verlangen die gleiche Priorität auch den zur Verfolgung der ihm wider die Erben des wail. Gehöftsbesitzers G. aus jenem Kaufcontracte zugestandenen Forderungen aufgewendeten Proceßkosten gebührt.

Die Entscheidung der ersten Frage hängt aber wiederum von der Beantwortung der gedoppelten Frage ab: ob durch die im § 6 des beregten Kaufcontracts sich findende Bestimmung: „das rückständige Kaufgeld (für die in § 1 genannten Ländereien) wird in das zu errichtende Hypothekenbuch primo loco eingetragen" eine sofort wirksame Hypothek bestellt worden; sodann ob diese Hypothek auf das am 8. März 1867

Digitized by Google

erlassene Subhastations- und Liquidations-Proclam gehörig angemeldet worden sei.

Der Distributionsbescheid hat nur die erstere, der Appellations-Bescheid der Justiz-Canzlei vom 25. Juni v. J. dagegen auch diese letztere Frage verneinen zu müssen geglaubt. Dies kann jedoch, was zunächst diese letztere Frage betrifft, für richtig nicht erkannt werden. Durch das bezügliche Liquidations-Proclam waren nämlich von der Anmeldung alle diejenigen dinglichen Ansprüche ausdrücklich ausgenommen, welche in dem Liquidations-Protocolle vom 31. August 1864 zu den (jungirten) Acten, betreffend den Nachlaß des Gehöftsbesitzers G., von den Erben anerkannt worden. Zu diesem Protocolle hatte aber der Kläger unter Bezugnahme auf den Kaufcontract vom 11. Juli 1846 das daraus rückständige Kaufgeld 900 Thlr. N$^{2}/_{3}$ nebst Zinsen zu 4$^{1}/_{2}$ % seit Johannis 1846 angemeldet, und ist dieses Liquidat von den anwesenden G.'schen Erben und deren Vertretern als richtig anerkannt worden. Diese Anerkennung kann aber nicht nur auf das Liquidat selbst, sondern muß ebenso auch auf dessen Begründung durch den Contract, aus welchem die angemeldete Forderung abgeleitet ward, bezogen werden. War also in diesem wirklich ein Pfandrecht für die fragliche Forderung bestellt, so wurde auch dieses von jener Anerkennung ohne Weiteres mitergriffen, und es kommt nicht in Betracht, daß dessen Bestand damals nicht zum Gegenstande einer besonderen Erörterung gemacht worden ist. Hat daher der Kläger auch in dem durch das Proclam anberaumten Liquidationstermine vom 29. Mai 1867 ausdrücklich nur die von ihm zu den jungirten Specialacten eingeklagten Forderungen, wegen deren die Subhastation des Gehöfts verfügt worden ist, nebst Zinsen und Kosten, unter Bezugnahme auf diese Acten angemeldet, und hat er gleich zu diesen Acten nicht das rückständige Kaufgeld selbst, sondern außer anderen aus dem Kaufcontracte vom 11. Juli 1846 ihm zustehenden Forderungen nur die seit Johannis 1846 rückständigen Zinsen des Kaufgeldes eingeklagt, so bedurfte es doch, wenn ihm wegen dieses ein von den G.'schen Erben

Digitized by Google

bereits anerkanntes dingliches Recht zustand, der besonderen Anmeldung derselben und dieses Rechtes nicht. Hiezu kommt aber noch, daß er in jenen Klageacten für die eingeklagte Zinsforderung ausdrücklich ein nach § 6 des betreffenden Kaufcontracts ihm primo loco zustehendes Pfandrecht in Anspruch genommen hatte, welches nur auf die für das Kaufgeld selbst geschehene Verpfändung der verkauften Ländereien gegründet werden konnte, daß durch die beklagten Erben im Termine vom 24. September 1866 der Grund der erhobenen Klage unumwunden als richtig anerkannt ist, und auf Grund dieses Geständnisses die Verurtheilung der Beklagten zur Bezahlung der eingeklagten Forderungen geschehen ist.

Muß also das jetzt im Prioritätsstreite gegen die rubricirten Gegner verfolgte Pfandrecht für das rückständige Kaufgeld und die davon aufgelaufenen Zinsen zu dem jetzigen Specialconcurse für genügend angemeldet gehalten werden, so fragt es sich nunmehr weiter, ob ein solches sofort wirksames Pfandrecht für diese Forderungen durch die dafür angerufene Bestimmung in § 6 des fraglichen Kaufcontracts in der That bestellt worden ist.

In dieser Beziehung ist nun zunächst unbestritten, daß so wenig damals bereits ein Hypothekenbuch in Maßgabe des Publicandum vom 7. März 1831 (Officielles Wochenblatt Stück 12 Seite 104) über das erst nach Vollzug des Verkaufs in den Lehnsverband von Wendisch-Priborn aufzunehmende Gehöft errichtet sein konnte, ebensowenig auch ein solches später in Gemäßheit dieses Publicandum oder der unterm 24. März 1852 nach der bezüglichen Bekanntmachung von diesem Datum (Regierungsblatt Nr. 9 Seite 49) jenem Dorfe verliehenen neuen Hypothekenordnung errichtet worden ist. Dennoch sind für die Entstehung wie für die Priorität des behaupteten Pfandrechts nur die Grundsätze des gemeinen Rechts maßgebend, gerade wie auf diesem eben auch allein die den Appellaten unbestritten zustehenden Pfandrechte beruhen. Nach diesen kann aber, wie allgemein bekannt ist, auch von keiner Seite bestritten wird, ein Pfandrecht durch

Digitized by Google

Vertrag nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend bestellt werden, und wird diese letztere Art der Bestellung in allen Fällen als geschehen angenommen, in welchen die auf die beabsichtigte Sicherstellung eines Gläubigers hinweisenden Vertragsbestimmungen nach der daraus, wie aus der Gesammtheit des betreffenden Vorganges erkennbaren Willensrichtung der Contrahenten mit hinreichender Deutlichkeit darauf hinweisen, daß dem Gläubiger diese Sicherheit durch den Werth einer ihm zu diesem Behuf verhafteten Sache gewährt werden soll:

L. 4 D. de pignor. (20, 1),
L. ult. C. quae res pignori (8, 17),
Glück's Commentar XVIII. pag. 303—309,
Dernburg, Pfandrecht I. pag. 181 ff. —

Prüft man nun von diesem Standpunkte aus die hier in Frage stehende Bestimmung in § 6 des Kaufcontracts vom 11. Juli 1846, so ist es allerdings richtig, daß dieselbe ihrem Wortlaute nach unmittelbar nur die Vereinbarung enthält, daß das stehenbleibende und insofern als rückständig bezeichnete, mit $4^1/_2$ % jährlich zu verzinsende Kaufgeld in das nach Maßgabe des Publicandum vom 7. März 1831 zu errichtende Hypothekenbuch an erster Stelle eingetragen werden sollte, und daß nach dieser Wortfassung für den Verkäufer zunächst nur ein obligatorisches Recht begründet ward, auf die Errichtung eines Hypothekenbuchs und Eintragung des Kaufgeldes in dasselbe an erster Stelle zu dringen. Anderseits ist aber aus der Fassung dieser Bestimmung zugleich zu ersehen, daß dabei von der Ansicht ausgegangen ist, die Errichtung des Hypothekenbuchs solle und werde dem Vollzuge des Kaufcontracts unmittelbar nachfolgen, und ist der Ausdruck insofern juristisch ungenau, als nach den für das zu errichtende Hypothekenbuch gemäß des Publicandum vom 7. März 1831 normirenden Hypothekenordnungen den Gegenstand der Eintragung nicht sowohl die dadurch zu sichernde Forderung selbst, als vielmehr die dadurch bestellte oder zu bestellende Hypothek bildet. Da nun die Errichtung des Hypothekenbuchs als sofort bevor-

Digitized by Google

stehend gedacht wurde, und in diesem die Kaufgeldsforderung, beziehungsweise die für selbige einzutragende Hypothek die erste Stelle einnehmen, dadurch also der Verkäufer die vollste Sicherheit erhalten sollte, und erkennbarer Weise nur gegen solche Sicherstellung sich seines Eigenthums zu begeben gedachte, damit auch der Käufer sichtlich übereinstimmte, so kann die bezügliche Contractsclausel, bei deren Fassung es augenscheinlich auf die möglichste Knappheit des Ausdrucks abgesehen war, nur dahin ausgelegt werden, daß nach der darin hervortretenden Absicht der Parteien das Pfandrecht, welches sich der Verkäufer ausbedang, nicht erst durch die Eintragung in das zu errichtende Hypothekenbuch, sondern sofort mit dem Uebergang des Eigenthums auf den Käufer entstehen und durch jene Eintragung den Vorzug und diejenige Sicherheit erlangen sollte, welchen die Domanial-Hypotheken-Ordnung vom 12. März 1814 und die Ritterschaftliche Hypothekenordnung vom 12. November 1819 bei dem Vorhandensein eines ihren Vorschriften gemäß errichteten Hypothekenbuchs den in dieses eingetragenen Forderungen, beziehungsweise Hypotheken allein oder vor anderen nicht eingetragenen gewähren. Der Sinn der fraglichen Contractsbestimmung kann also nicht nur sehr füglich, sondern muß auch nach der darin hervortretenden Intention der Contrahenten, wie Appellant mit Recht behauptet, in Abweichung von den vorausgegangenen Erkenntnissen so aufgefaßt werden, als laute sie: „Wegen des rückständigen Kaufgeldes behält sich Verkäufer ein Pfandrecht an den verkauften Ländereien vor, und wird dies Pfandrecht in das zu errichtende Hypothekenbuch an erster Stelle eingetragen."

Ist demnach diese Hypothek vom 11. Juli 1846, dem Tage des Kaufabschlusses und der geschehenen Verpfändung zu datiren, so geht dieselbe schon vermöge der Zeit ihrer Entstehung und ihres Altervorzugs den jüngeren vom 29. September 1847 und vom 29. September 1851 datirenden Pfandrechten vor, und war deshalb die dadurch gesicherte Kaufgeldsforderung nebst rückständigen Zinsen jenen sub V.

Digitized by Google

5 und 6 des Distributionsbescheides locirten Forderungen vorzusetzen.

Ebenso hat dieselbe aber auch, wie Appellant weiter noch erstrebt, vor der sub V. 4 daselbst vermöge generellen Pfandrechts vom 22. Juni 1844 locirten Forderung den Vorzug in Anspruch zu nehmen auf Grund des ihr zukommenden Privilegiums der in rem versio. Denn gesteht auch die L. 7 C. qui potior in pign. (8, 18) dieses Privilegium ausdrücklich nur demjenigen Gläubiger zu, mit dessen Gelde erweislich ein Grundstück angeschafft ist, wenn er sich bei Herleihung jenes sogleich ein specielles Pfandrecht an diesem ausbedungen hat, und läßt sich gleich darüber streiten, ob wegen Gleichheit des Grundes diese Bestimmung ohne Weiteres auch auf den Fall anzuwenden ist, da der Verkäufer eines Grundstücks bei Abschluß des Kaufcontracts wegen des creditirten Kaufpreises sich sogleich ein Pfandrecht an jenem Grundstücke, wie nach dem Obigen hier geschehen, vorbehalten hat, so hat doch die analoge Anwendung jener Bestimmung auf diesen Fall nicht nur die vollste Berechtigung für sich, sondern es wird auch von denjenigen selbst, welche in dieser Hinsicht Zweifel hegen, ausdrücklich anerkannt, daß die Ausdehnung des Privilegiums wegen Verwendung, wonach der jüngere Pfandgläubiger den älteren Pfandgläubigern des Erwerbers der fraglichen Sache insoweit vorgeht, als die Unterwerfung dieser unter die ihnen an dessen Vermögen bereits zustehenden Generalhypotheken durch jene Verwendung vermittelt ist, in der Praxis völlig feststeht: vergl. Glück's Commentar XIX. Seite 311 f.; Dernburg, Pfandrecht II. Seite 430 ff. und die dort Angeführten.

Diesem gemäß war also die erste der oben aufgestellten Fragen unbedingt zu bejahen und insoweit auf die Beschwerde des Appellanten abändernd zu erkennen. Ebenso ist diese aber auch insoweit begründet, als die zweite dort als Gegenstand der jetzigen Entscheidung hingestellte Frage in Betracht kommt, zu deren Beantwortung jetzt überzugehen ist.

Muß nämlich auch trotz der von manchen älteren Rechts-

Digitized by Google

gelehrten — vergl. Glück's Commentar XXI. Seite 109 not. 39 und neuerdings wieder von Glück selbst am angeführten Orte Seite 109 ff. versuchten Bestreitung anerkannt werden, daß, nachdem das Zinsverbot des kanonischen Rechts gewohnheitsrechtlich beseitigt war, mit den sonstigen auf das Nehmen von Zinsen bezüglichen Bestimmungen des Römischen Rechts auch das Verbot der usurae ultra alterum tantum in Maßgabe der L. 10 und L. 27 § 1 C. de usuris (4, 32) in unserem Rechtsleben zu anerkannter Geltung gekommen, dasselbe auch durch das Bundesgesetz vom 14. November 1867, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, weder ausdrücklich noch folgeweise aufgehoben ist, ebenso die meisten derjenigen zahlreichen Ausnahmen, welche man in der Theorie und Praxis von der Anwendung dieses Verbots zu machen versucht hat — vgl. darüber Thibaut, Pandekten § 284 (Ed. VIII. § 197, Ed. IX. § 176) — der genügenden rechtlichen Begründung entbehren, so läßt sich doch eine solche der hier in Frage stehenden Beschränkung jenes Verbots nicht füglich absprechen. Denn hat der Gläubiger seinerseits durch rechtzeitige Einklagung der rückständigen Zinsen Alles gethan, was nöthig war, um das Anschwellen derselben bis zur Höhe des Capitals zu hindern, dies sein Bestreben ist aber dadurch vereitelt, daß, bevor er seine Befriedigung im Executionswege erlangt hat, oder in Folge der darauf gerichteten Anträge gerade über das Vermögen seines Schuldners oder denjenigen Bestandtheil desselben, auf welchem seine Forderung ruhte, Concurs ausbricht, so kann weder ihn selbst der Vorwurf einer wucherischen Bedrückung des Schuldners treffen, noch auch wird dieser für seine Person durch das weitere Anwachsen der Zinsen berührt, soweit es sich um deren Abführung aus der durch die erfolgte Güterabtretung oder Concurseröffnung seiner Verfügung entzogenen, zur Befriedigung gesammter darauf angewiesener Gläubiger dienenden Masse handelt. Kann daher auch aus der Bestimmung des Absatzes 2 der Verordnung vom 29. Januar 1646 über die Locirung der Zinsen im Concurse u. s. w., wonach „an welchem Ort der (Prioritäts) Urthel Jemandem

Digitized by Google

das Capital zuerkannt, an selbigem Ort er auch der auf rechtmäßig betagten Zinse vollenkömmlich bis zur Zahlung fähig sein" soll, nicht ohne Weiteres für unser besonderes Mecklenburgisches Recht der Satz abgeleitet werden, daß nach demselben im Concurse die Zinsen auch über das alterum tantum gefordert werden können, wenn sie zu dieser Höhe erst während des Concurses angeschwollen sind, so ist doch die im Anschluß an jene Verordnung entstandene, von Nettelbladt in dessen Archiv für Mecklenburgische Rechtsgelehrtheit Band III. Nr. XIV. Seite 112 ff. bezeugte, diesen Satz befolgende Praxis der Landgerichte, welcher nach dessen Rechtssprüchen IV. Nr. 38, 39 auch das Oberappellationsgericht sich angeschlossen hat, in keiner Weise als der ratio juris widerstreitend zu verwerfen, und muß es bei deren Befolgung umsomehr verbleiben, als sie zugleich einer weitverbreiteten gemeinrechtlichen Praxis entspricht, wie die in Seuffert's Archiv II. 269, IX. 14, X. 207 (vgl. mit 238 dort), XVIII. 26 abgedruckten und angezogenen Entscheidungen oberster deutscher Gerichte beweisen.

Was endlich die dritte der gegenwärtig noch zur Entscheidung stehenden Fragen betrifft, ob die durch Anstellung der dem Subhastationsverfahren vorausgegangenen Klage veranlaßten Proceßkosten an derselben Stelle zu lociren sind, wie nach dem Obigen die wegen des rückständigen Kaufgeldes und der davon aufgelaufenen Zinsen für den Appellanten begründeten Forderungen, so enthalten zwar die einschlagenden Stellen unserer Rechtsquellen, wie solche in A. D. Weber's Kurzer Erörterung der Frage: „Ob und inwiefern das Pfandrecht sich außer dem Capital auch auf Zinsen, Kosten und Conventionalstrafen erstrecke, wenn deshalb keine ausdrückliche Verabredung vorhanden ist?" (Versuche über das Civilrecht, 2. Ausgabe Seite 151—220) § 1 daselbst zusammengestellt sind, keine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob das für die Hauptschuld bestellte Pfandrecht ohne Weiteres auch auf sie mit sich erstreckt, und wird deshalb in der Theorie auch jetzt noch hierüber gestritten, in welcher Hinsicht auf Dernburg's Pfandrecht I.

Digitized by Google

§ 76 Seite 550 ff. verwiesen werden kann. Allein wie die Theorie im Einklang mit Weber am angeführten Orte § 10, 15, 29 sich überwiegend dahin neigt, was hinsichtlich der Haftung des Pfandes für die Verzugszinsen zweifellos gilt, wegen Gleichheit des Grundes auch für die durch das säumige oder sonst obligationswidrige Verhalten des Schuldners nöthig gewordene Aufwendung von Proceßkosten gelten zu lassen, — vgl. Puchta, Pandekten § 204, Arndts Pandekten § 369 und Dernburg a. a. O. Seite 552 Abs. 1 — so hat die Praxis sich dieser Ansicht ganz entschieden angeschlossen, und werden demgemäß auch bei uns, soweit nicht die Bestimmungen unserer Hypothekenordnungen ein Anderes mit sich bringen, die Proceßkosten, in welche der Schuldner auf die erhobene Schuldklage hin verurtheilt ist, im Concurse gleich den Zinsen an derselben Stelle locirt, an welcher dem Gläubiger das betreffende Capital angewiesen wird.

---

14. Lex commissoria beim Pfandvertrage.

Wi. 964/1878.

Der Schenkwirth R. war im Herbste 1877 wegen des Restes seiner auf die W.'sche Büdnerei in R. zu 4 % Zinsen eingetragenen Forderungen von 1950 M. mit denjenigen 600 M. befriedigt, welche der Commissionär Sch. zu St. dem Schuldner W. angeliehen hatte, und gab Letzterem den Hypothekenschein über 1950 M. mit einer von ihm in blanco vollzogenen Cessionsacte zurück. Nach Ausweis der Acte vom 15. November 1877 versprach W. seinem Darlehnsgläubiger Sch. sub hypotheca omnium bonorum, die angeliehene Summe von 600 M. in termino Antonii 1878 zurückzuzahlen und „verpfändete" — wie es ausdrücklich heißt — zur mehreren Sicherheit noch den Hypothekenschein über 1950 M., und zwar dergestalt, daß sein Gläubiger befugt sein solle, über dies Capital beliebig zu verfügen, ohne etwas herauszugeben, falls er, der Schuldner, sein Ver-

Digitized by Google

sprechen nicht prompt erfüllen sollte. Dieser Acte wurde der Hypothekenschein mit der demselben anliegenden R.'schen Blancocession angeschlossen und dem Sch. behändigt. Als der Fälligkeitstermin für die Darlehnsschuld verstrichen war, ohne daß W., über dessen Büdnerei am 25. Januar 1878 das Subhastationsverfahren eingeleitet war, seine in der Acte vom 15. November 1877 übernommene Verpflichtung erfüllt hatte, übertrug Sch., nachdem er die R.'sche Blancocession durch Eintragung seines Namens als Cessionar ausgefüllt hatte, am 10. Februar 1878 dem Kaufmann M. N. zu St. alle seine Rechte aus dem erwähnten Hypothekenscheine mit Zinsen vom Tage der Ausstellung der Cessionsacte, in welcher letzteren der Cedent den baaren Empfang der Summe von 1950 ℳ. bekennt. Der Hypothekenschein ist auf den Cessionar nicht umgeschrieben und stand bei Eröffnung des Specialconcurses die Forderung qu. im Hypothekenbuche noch auf den Namen R.'s eingetragen.

Die auf Grund der vorerwähnten beiden Cessionen von dem Kaufmann M. N. zu dem W.'schen Specialconcurse beschaffte Liquidation der Hypothekenforderung von 1950 ℳ. mit Zinsen zu 4 % p. a. vom 10. Februar 1878 war zum Belaufe von 600 ℳ. nebst Zinsen für $4^1/_2$ Monate vom ersten Richter — rechtskräftig — anerkannt, der Liquidant aber mit der Mehrforderung abgewiesen, während der zweite Richter auf die Beschwerde des Letzteren die angemeldete Forderung in ihrem vollen Umfange für begründet erachtete. Auf weitere Beschwerde des gerichtlich bestellten Sequesters stellte das Oberappellationsgericht durch Urtheil vom 24. März 1879 die erstinstanzliche Entscheidung wieder her.

Gründe:

Beide Vorerkenntnisse gehen mit Recht davon aus, daß nach dem klaren und deutlichen Inhalte der Schuldacte vom 25. November 1877 der Hypothekenschein über 1950 ℳ. dem S. verpfändet gewesen sei, beruhen auch übereinstimmend auf der richtigen Voraussetzung, daß das als L. 3 Cod. de pactis pignorum (8, 35) aufgenommene Verbot des Kaisers Constantin in Betreff des commissorischen Vertrags bei Ver-

Digitized by Google

pfändungen nicht bloß auf körperliche, sondern auch auf verpfändete unkörperliche Sachen — Rechte — Anwendung erleide (cfr. Arndts Pandekten, 8. Aufl. § 382 im Eingange), unterscheiden sich aber darin, daß der erste Richter die auf Grund der Seitens des Pfandschuldners W. geschehenen Verwillkürung von dem Pfandgläubiger Sch. unter Ausfüllung der R.'schen Blancocession mit seinem Namen weiter vorgenommene Cession der verpfändeten Forderung für nichtig erklärt, der zweite Richter dagegen das römisch rechtliche Verbot der lex commissoria beim Pfandvertrage durch § 1 des Reichsgesetzes vom 14. November 1867 für beseitigt hält. Diese Ansicht des zweiten Richters findet sich nun zwar in der Theorie mehrfach vertheidigt, in welcher Beziehung auf die in dem Präjudize des Obertribunals in Berlin — abgedruckt in dem Seuffert'schen Archiv Bd. 29. Nr. 114 — angeführten Schriftsteller, denen auch noch v. Meibom, das Mecklenb. Hypothekenrecht § 18 Seite 136 und Bezold, die Gesetzgebung des Deutschen Reichs Bd. 1 Seite 36, Erlangen 1879, hinzuzufügen ist, verwiesen werden darf. — (cfr. auch die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 4. Nr. 73 Seite 357 a. E., woselbst die Frage für eine zweifelhafte erklärt wird, dagegen Windscheid in seinem Lehrbuch § 238 Nr. 3 vergl. mit § 260 Nr. 4) — kann aber nicht gebilligt werden. In dem allegirten Präjudize ist zutreffend auf die rechtliche Verschiedenheit hingewiesen, welche zwischen der Conventionalstrafe und dem pactum commissorium besteht, und daraus mit Recht gefolgert, daß die Bestimmung des § 1 des gedachten Reichsgesetzes das Verbot des commissorischen Vertrages bei dem Pfandrechte unberührt lasse. Begründet nämlich zwar die in Folge des beim Pfandvertrage eingegangenen pactum commissorium verwillkürte Verwirkung des Einlösungsrechts, bezw. der Verfall des Pfandes um die Pfandsumme regelmäßig einen Nachtheil für den Contrahenten, welcher durch seine Saumseligkeit deren Eintritt herbeiführt, und liegt somit in dieser Clausel zugleich ein Bestärkungsmittel der Obligation, hat sie daher nach beiden Seiten hin

Digitized by Google

eine unverkennbare Aehnlichkeit mit der Poenalstipulation, so wird sie doch in den Rechtsquellen wie in der Theorie stets unterschieden, was sich insbesondere daraus erklärt, daß während bei der Conventionalstrafe der säumige Schuldner stets etwas zu leisten hat, er bei der lex commissoria nur nicht erlangt und behält, wozu er nach dem Vertrage berechtigt war, und in ihrer Anwendung auf den Pfandvertrag die ihm ohne solche Nebenberedung zustehende Einlösungsbefugniß verlieren soll. Bei dieser Verschiedenheit beider Arten von Vertragsclauseln kann die Bestimmung des Reichsgesetzes, wonach „Conventionalstrafen, welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehns oder einer sonst creditirten Forderung zu leisten sind, der freien Vereinbarung unterliegen, und die entgegenstehenden privatrechtlichen und strafrechtlichen Bestimmungen aufgehoben sind, nicht ohne Weiteres auf die lex commissoria überhaupt und speciell beim Pfandvertrage bezogen werden. Schon nach der Ausdrucksweise ist an letztere gewiß nicht gedacht, sicher ergreift der Wortlaut sie nicht und keineswegs hat durch das Reichsgesetz jede Art des Wuchers erlaubt und jedes Verbot wucherischer Geschäfte aufgehoben werden sollen. Was freigegeben ist, ist die Vereinbarung einer beliebigen Vergütung für den gestatteten Gebrauch eines Capitals und für den durch die Nichterfüllung oder verspätete Erfüllung einer Verbindlichkeit etwa eintretenden oder doch zu befürchtenden Schaden, letzteres sichtlich in Verallgemeinerung der für Handelsgeschäfte im Art 284 des Handelsgesetzbuchs getroffenen Bestimmungen.

C. Obligationenrecht.

15. Schriftliche Verträge der Analphabeten.

Ha. $960/_{1874}$.

Der Gutsjäger H. zu St. klagte gegen den Erbpächter R. zu C. auf Erfüllung eines schriftlichen Kaufvertrages über die

Digitized by Google

Erbpachthufe des Beklagten. Unter der vorgelegten Vertragsurkunde standen außer der Unterschrift des klagenden Käufers drei Kreuze mit einem Notariatsdocument des Inhalts:

daß der mir persönlich bekannte Erbpächter R. aus C. heute in meiner Gegenwart anerkannte, die obigen drei Kreuze zum Zeichen der Genehmigung unter den vorstehenden von ihm gebilligten Contract gesetzt zu haben, bescheinige ich ꝛc.

Der Beklagte wandte ein, der Vertrag sei nicht zu Stande gekommen. Der Inhalt der Vertragsurkunde, welche ihm bei der Unterkreuzung nicht vorgelesen sei, weiche in wesentlichen Punkten von den voraufgegangenen mündlichen Beredungen ab und entspreche daher nicht seinem Vertragswillen.

Das Oberappellationsgericht bestätigte durch Urtheil vom 18. März 1875 die Entscheidung des Vorgerichts, welches dem Kläger den Beweis auflegte, daß die Urkunde vor oder bei deren Vollziehung dem Beklagten vorgelesen sei.

Gründe:

Der Beklagte, welcher unbestrittenermaßen weder lesen noch schreiben kann, ist zwar geständig, den abschriftlich vorliegenden Kaufcontract eigenhändig unterkreuzt zu haben, auch giebt er zu, daß dem Originale ein der Wahrheit entsprechendes Notariatsatteſt beigefügt sei, laut dessen er vor dem attestirenden Notar erklärt hat, die drei Kreuze seien von ihm zum Zeichen der Genehmigung unter den vorstehenden, von ihm gebilligten Contract gesetzt worden, allein er leugnet, den Inhalt der unterkreuzten Urkunde, mit dem er keineswegs einverstanden sei, und welcher von seinem Vertragswillen in wesentlichen Punkten abweiche, damals schon gekannt zu haben. Ein Lesensunkundiger kann den Inhalt eines Schriftstücks auf keine andere Weise mit Sicherheit kennen lernen, als dadurch, daß ihm dasselbe vollständig und wortgetreu vorgelesen wird. Daraus folgt, daß einer zum Zeichen der Genehmigung unterkreuzten Urkunde beweisende Kraft nur dann zukommt, wenn die stattgehabte Vorlesung festgestellt ist, weil andernfalls der Aussteller ein für ihn leeres Blatt Papier unterkreuzt hätte. Der Kläger hält gleichwohl die ihm durch das vorige Urtheil

Digitized by Google

zum Beweise verstellte Thatsache für außerwesentlich, weil deren Constatirung nicht einmal zur Begründung der sonst so streng behandelten Wechselverbindlichkeit eines Analphabeten gefordert werde; allein er läßt dabei außer Acht, daß der von ihm in Bezug genommene Art. 94 der deutschen Wechselordnung nur auf den Echtheitsbeweis unterkreuzter Wechselerklärungen sich bezieht. Wechselkraft haben solche Erklärungen nur dann, wenn die Kreuze als von einer bestimmten Person herrührende Vollziehungszeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt sind, andere Echtheitsbeweise werden nicht zugelassen. Damit ist nicht gesagt, daß dem Aussteller der Einwand, er habe den Inhalt des ohne vorgängige Verlesung von ihm vollzogenen Wechsels nicht gekannt, gänzlich abgeschnitten sei. Ob und gegen wen ihm eine solche Einrede zur Elidirung eines an und für sich gültigen Wechselversprechens zustehe, bestimmt sich vielmehr nach der Vorschrift des Art. 82, und diese Frage wird ebenso zu beantworten sein, wie die nach der Zulässigkeit und Tragweite der Einrede, daß eine durch Namensunterschrift vollzogene Wechselerklärung auf eine noch unvollständig gewesene, erst später durch nachträgliche Eintragungen ergänzte Wechselurkunde geschrieben sei. In Betreff der Beweislast unterscheiden sich die beiden Fälle von einander. Wenn der Aussteller einer Urkunde behauptet, dieselbe in blanco vollzogen zu haben, so muß er diese Behauptung beweisen, weil ohne Weiteres nicht anzunehmen ist, daß die Unterschrift älter sei, als der darüber stehende Text. Anders verhält es sich, wenn streitig wird, ob dem lesensunkundigen Aussteller der Inhalt der Urkunde vorgelesen sei. Daß dies geschehen sei, versteht sich nicht von selbst, und muß deshalb von dem Producenten der Urkunde, welcher aus derselben Rechte herleitet, bewiesen werden. Im vorliegenden Falle ist diese erhebliche Thatsache bis jetzt völlig unbescheinigt geblieben.

cfr. Seuffert's Archiv Band 19 pag. 117 Nr. 71,
hiesige Entscheidungen Band VI. pag. 15 Nr. 9,
Wechselproceßordnung vom 14. Juni 1849 § 4 Nr. 3.

Digitized by Google

16. Verträge zu Gunsten Dritter.

Lu. 67. Str./1875.

Die thatsächlichen Voraussetzungen des Rechtsfalles, welcher das Oberappellationsgericht veranlaßte, die über Verträge zu Gunsten Dritter bestehenden Rechtsnormen festzustellen, ergeben sich aus den nachfolgenden Entscheidungsgründen des Erkenntnisses vom 8. Mai 1875:

Das Ergebniß, zu welchem Unger in seiner Abhandlung über die Verträge zu Gunsten Dritter

Jahrbücher für die Dogmatik des heut. R. u. D. Privatrechts Band X. Nr. 1

nach dem Vorgange älterer Juristen

vgl. Buchka, Lehre von der Stellvertretung § 18, insbes. Seite 159 ff.

gelangt, entspricht allerdings dem geltenden Rechte nicht. Der ganz allgemein hingestellte Lehrsatz, daß ein Vertrag, welchen Jemand in fremdem Interesse, aber im eigenen Namen abschließt, dem unbetheiligten Dritten das ihm zugedachte Recht unmittelbar und sofort, unabhängig von späterer Willensänderung der Contrahenten, verschaffe, ist mit einem zweifellos recipirten Principe der römischen Rechtslehre, dessen Beseitigung durch neueres Gewohnheitsrecht sich nicht beweisen läßt, völlig unvereinbar. Abgesehen von den schon im römischen Rechte zugelassenen, übrigens von den Auslegern verschieden gedeuteten und nicht unbestrittenen Ausnahmen

Buchka a. a. O. § 13,

Windscheid, Pand. § 316 Nr. 2 der 4. Aufl.

gilt immer noch die natürliche, nicht auf positiver Vorschrift beruhende Regel, daß die Rechtswirkung von Privatverträgen nicht über die Machtsphäre der Contrahenten hinausgeht, daß mithin aus Verträgen nur für die Contrahenten und deren Rechtsnachfolger (Universal- und Singularsuccessoren) Rechte und Verbindlichkeiten entstehen können, welche, da sie auf freier Uebereinkunft beruhen, auch durch Willenseinigung der Berechtigten und Verpflichteten wieder lösbar sind. Es kann nicht einmal zugegeben werden, daß eine allgemeine Rechts-

Digitized by Google

überzeugung oder ein unabweisliches Bedürfniß des modernen Verkehrslebens die völlige Beseitigung dieser Regel und ihrer Consequenzen fordere, vielmehr reicht in dieser Beziehung die für das heutige Recht feststehende Zulässigkeit freier Stellvertretung in Vertragsverhältnissen vollkommen aus. Der Contrahent, welcher sich von dem Anderen eine an einen Dritten zu beschaffende Leistung versprechen läßt, braucht nicht ausdrücklich in dessen Namen abzuschließen, wenn aus dem Inhalt und Zweck der Vereinbarung als zweifellose Intention der Vertragschließenden sich ergiebt, daß der Promittent dem Dritten nicht bloß leisten, sondern auch zu der Leistung sich verpflichten und dieser berechtigt sein soll, den ihm zugedachten Anspruch durch eine ausdrückliche oder in schlüssigen Handlungen bethätigte Beitrittserklärung zu erwerben. Zu den Rechtsgeschäften solcher Art ist der dem bäuerlichen Familiengüterrechte angehörende Vertrag zu rechnen, durch welchen ein Hauswirth schon bei Lebzeiten seinem Anerben die Hufe abtritt, unter gleichzeitiger Feststellung derjenigen Abfindungen, welche der Uebernehmer des Gutes seinen Geschwistern geben soll. Diese Nebenberedung steht mit dem Hauptvertrage im genauesten Zusammenhange. Es wird dadurch eine den Contrahenten nach Gesetz oder Herkommen obliegende Verbindlichkeit, deren Umfang und Inhalt für jeden einzelnen Fall durch rechtsbeständige Willenserklärung, eventuell durch Richterspruch näher bestimmt werden muß, anerkannt und geregelt. Die Rechte der abzufindenden Geschwister bleiben davon zunächst freilich unberührt; sie sind nicht verpflichtet, an dem, was ihnen auf Grund eines ohne ihre Mitwirkung getroffenen Abkommens zu ihrer Abfindung dargeboten wird, sich genügen zu lassen, wenn sie andere und weitergehende Ansprüche zu haben meinen, und ebensowenig sind sie berechtigt, auch gegen die veränderte Willensbestimmung der Contrahenten die Erfüllung des bei der Gutsabtretung Vereinbarten zu fordern. Die Behauptung, daß ihnen sofort ein festes, unwiderrufliches Recht erworben werde, läßt sich durch Berufung auf die Praxis,

Digitized by Google

Unger, a. a. O. Seite 82 und Anmerkung 107, welche in diesem Betreff keineswegs constant und unbestritten ist, nicht beweisen, und die früher herrschend gewesene Annahme, daß der Gutsüberlassungsvertrag eine erfrühte Erbfolge begründe und als ein für alle Betheiligten sofort in Wirksamkeit tretender Erbvertrag aufzufassen sei, ist unhaltbar.

Beseler, Erbverträge II. 2 § 23 Seite 204 ff.

Buchka, a. a. O. Seite 200 ff.

Bähr, Jahrbücher für die Dogmatik VI. Seite 167 ff.

Beim Abschlusse des Vertrages ist indessen die Intention beider Theile entschieden darauf gerichtet, die Abfindungen endgültig festzustellen. Der abtretende Hauswirth will sicher sein, daß seine nachgeborenen Kinder, insbesondere auch diejenigen, welche etwa erst nach seinem Tode aus der Were scheiden, unverkürzt erhalten, was er ihnen zugedacht hat, und der Anerbe will darüber Gewißheit haben, daß er dereinst nicht mehr und Nichts Anderes, als das bei Uebernahme der Hufe Versprochene zu leisten haben werde. Es ist daher dem beiderseitigen Willen gemäß, daß der Anerbe seine abzufindenden Geschwister veranlaßt, die Angemessenheit und Ausreichlichkeit des ihnen Zugedachten ausdrücklich oder thatsächlich anzuerkennen, also dem Vertrage beizutreten, der dadurch alsdann auch für die ursprünglichen Contrahenten unlösbar wird. Eine bündige Anerkennung liegt zweifellos vor, wenn der Abzufindende die ihm auf Grund des Ueberlassungsvertrages angebotene Leistung als die ihm zukommende Abfindung vorbehaltlos annimmt, mag dieselbe vereinbarungsmäßig in einer einmaligen Prästation bestehen sollen, oder nach Art einer Rente bestimmt sein. Auch im letzteren Falle tritt der Empfänger durch vorbehaltlose Annahme der Prästationen in den Vertrag ein und erwirbt dadurch ein festes Recht auf Fortentrichtung der vereinbarten Leistungen.

Als der Appellant die mütterliche Hufe in Gemäßheit des mit seinen Eltern am 13. December 1872 geschlossenen Vertrages übernahm, war seine Schwester Margarethe bereits mit dem Appellaten verheirathet. Die Eltern hatten den Eheleuten

Digitized by Google

zu deren häuslichen Niederlassung auf der Hufe selbst in einem Nebengebäude eine Familienwohnung nebst Garten eingeräumt und bestimmten nun (§ 3 C. des Ueberlassungsvertrages) als Abfindung dieser Tochter, daß sie und ihr Ehemann, so lange Einer von Beiden am Leben sei, die Wohnung nebst Garten behalten, daneben auch die sub b—g festgesetzten Emolumente beziehen sollten, und zwar sollte dies Alles dem überlebenden Ehemanne, selbst wenn er sich wieder verheirathe, verbleiben, nur daß er in diesem Falle für die Wohnung den üblichen Miethzins zu entrichten haben werde. Der Appellat hatte für seine Person allerdings keinen Anspruch auf Abfindung aus der Hufe, allein eine solche sollte er nach der Intention der Contrahenten auch keineswegs erhalten; vielmehr wurden die Emolumente, welche er auch nach Auflösung seiner Ehe als überlebender Gatte fortbeziehen sollte, als integrirender Theil der seiner Ehefrau gebührenden Abfindung aufgefaßt, welche nicht, wie für die außerhalb der elterlichen Hufe verheiratheten und für die noch unausgesteuert im Elternhause lebenden Töchter in einer einmal zu entrichtenden Geldsumme, sondern in dauernden, bis zum Tode des längstlebenden Gatten zu gewährenden Naturalleistungen bestehen sollte. Der Appellant hat sich nun durch den Vertrag vom 13. December 1872, zunächst freilich nur seinen Eltern gegenüber, verpflichtet, seine Schwester M. nach Maßgabe der Bestimmungen des § 3 C. abzufinden. Das ist demnächst geschehen, bis die Wiederverheirathung des Appellaten, welcher erbötig ist, fortan für seine Wohnung Miethe zu zahlen, die ursprünglichen Contrahenten veranlaßte, durch neue Vereinbarung vom 10. Juni 1874 den § 3 C. des Gutsüberlassungsvertrages wieder aufzuheben. Daß der Appellat damals aus dem bisher erfüllten Vertrage auf die darin ihm ausgesetzten, als ein einheitliches Ganzes aufzufassenden Leistungen bereits ein festes Recht erworben hatte, welches ihm durch Vereinbarung der Contrahenten nicht mehr entzogen werden konnte, ergiebt sich aus den oben aufgestellten allgemeinen Grundsätzen ohne Weiteres.

Digitized by Google

17. Schenkung unter Ehegatten. Ko. 1502/1876.

Die Eheleute K. zu S. hatten im November 1875 die für sie geltende statutarische Gütergemeinschaft aufgehoben und sodann am 21. December dess. Jahres einen Vertrag geschlossen, durch welchen der Mann das von ihm im Jahre 1863 für 7650 Thlr. gekaufte Wohnhaus seiner Frau gegen Uebernahme der darauf intabulirten Schulden im Betrage von 5883 Thlr. 16 ßl. abtrat und sich verpflichtete, die weiter für ihn selbst eingetragenen 766 Thlr. 32 ßl. tilgen zu lassen. Als aber später die Eheleute sich entzweit hatten und zur Versöhnung der Gemüther auf zwei Jahre von Tisch und Bett getrennt waren, erhob der Mann Klage gegen die Frau, indem er beantragte, dieselbe zu verurtheilen, daß sie ihm den Besitz des Hauses abtrete, das Eigenthum mit einer Belastung von nur 5883 Thlr. 16 ßl. ihm auflasse, auch die von jetzt an gezogenen und zu ziehenden Früchte herausgebe.

Dieser in den beiden Vorinstanzen zurückgewiesene Antrag wurde vom Oberappellationsgericht durch Urtheil vom 20. Februar 1877 als begründet und liquide anerkannt.

Gründe:

1) Die Parteien leben in Ehedissidien, das eheliche Band ist noch nicht gelöst, sondern es ist nur eine factische Trennung der Ehegatten auf 2 Jahre ausgesprochen, nach deren Ablauf ihre Wiedervereinigung stattzufinden hat. Die rechtlichen Verhältnisse der Ehe bleiben somit, auch soweit sie das Vermögen der Parteien betreffen, von der jetzt bestehenden Maßregel unberührt und es ist weder eine äußere Veranlassung, noch ein Rechtsgrund dafür gegeben, nach dieser Richtung hin eine definitive Auseinandersetzung eintreten zu lassen und zu dem Ende zu untersuchen, welche von den bisher im gemeinsamen Gebrauche befindlichen Sachen von der Ehefrau inferirt worden, welche derselben im Eigenthume des Mannes stehen. Es handelt sich vielmehr nur darum, wie alle diese Gegenstände für eine Benutzung während der Dauer der Trennung unter die Eheleute zu vertheilen sind, und hiefür bedarf es einer Entscheidung über die Eigenthumsverhältnisse nicht.

Digitized by Google

Kläger ist deshalb mit seinem Anspruche, die Beklagte schon jetzt zur Herausgabe der in der bisherigen gemeinsamen Wohnung befindlichen Mobilien mit Ausnahme einiger näher bezeichneter Gegenstände zu verurtheilen, mit Recht abgewiesen. Ueber eine provisorische Vertheilung der Effecten während der Separation ist unter den Parteien nicht verhandelt, und es bleiben ihnen in dieser Beziehung entsprechende Anträge vorbehalten.

2) Ganz unabhängig von dem Bestande oder der Auflösung der Ehe oder von einer zeitweisen Trennung derselben ist der vom Kläger erhobene Anspruch auf Rückübertragung des im Jahre 1870 auf die Beklagte zu Stadtbuch verlassenen Hauses Nr. 1165. Er gründet denselben auf den Umstand, daß dieser Verlassung eine Schenkung unter Ehegatten zu Grunde liege, dies Rechtsgeschäft mithin nichtig sei und ihm hieraus das Recht erwachse, das so auf die Beklagte übergegangene Eigenthum auf sich zurückzurufen. Dieser Anspruch kann auch während des Bestandes der Ehe jederzeit erhoben werden und steht mit einer definitiven oder provisorischen Auseinandersetzung der Ehegatten rücksichtlich der Vermögensverhältnisse in Folge einer gänzlichen Auflösung der Ehe oder einer zeitweiligen Trennung in keiner Verbindung.

3) Die Verlassung ist auf Grund einer Registratur geschehen, in welcher der Kläger erklärt, er habe das vorgedachte Haus mündlich an die Beklagte abgetreten; es sei als Preis die Summe von 5883 Thlr. 16 ßl. angenommen und werde solcher durch die zu übernehmenden Intabulata gedeckt, indem er gleichzeitig beantragt, daß die hinter dieser Summe eingetragenen Posten fol. 12 und 13 von zusammen 766 Thlr. 32 ßl., welche er inzwischen erworben, ohne Offenhaltung getilgt würden. Er läßt das Eigenthum für die Beklagte mit dem Bemerken auf, daß rückständige Kaufgelder nicht zu intabuliren seien, und wird diese Auflassung von der Acquirentin acceptirt. Unbestritten hat Kläger dies Haus im Jahre 1863 für 7650 Thlr. erworben, er behauptet, daß es noch im Jahre 1870 zur Zeit jener Verlassung diesen Werth gehabt habe

Digitized by Google

und daß letztere sich als das darstelle, was sie wirklich gewesen sei, nämlich als die Schenkung eines mit 5883 Thlr. 16 Sgl. belasteten Grundstücks zum Werthe von 7650 Thlr. mit der Bestimmung, daß die Beschenkte die Hypotheken übernehme.

4) Ist die Werthangabe des Klägers richtig, so läßt sich nicht bestreiten, daß das Haus der Beklagten weit unter seinem Werthe übertragen ist. Damit allein ist indessen der Begriff der Schenkung nicht erfüllt. Nicht jeder Verkauf um einen geringeren Preis involvirt eine solche. Die Gründe, welche dazu bestimmen, zu wohlfeil zu verkaufen, können sehr mannigfach sein, es kann ein Fall der Noth, der zum Verkaufe drängt, ferner Gleichgültigkeit für die Erzielung eines angemessenen Preises vorliegen, ja es können selbst persönliche Beziehungen zu dem Käufer das Motiv sein, aus welchem der Preis so niedrig gestellt wird, und in allen solchen Fällen ist eine Schenkung nicht anzunehmen, insoweit es an der Absicht fehlt, eine reine Liberalität zu üben. Auch bei Verkäufen unter Ehegatten, welche viliore pretio geschehen, steht dies nicht anders.

l. 31, § 3 erga finem D. de don. int. vir. et uxor. (24, 1). Sine dubio licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi.

Unter das Schenkungsverbot, welches dasselbe nichtig macht, fällt ein solches Geschäft nur, wenn es donandi animo abgeschlossen ist.

5) Es kann, wo eine solche Absicht vorliegt, das Geschäft, um die Schenkung zu verbergen, in die Form eines Kaufes gekleidet, dieser also simulirt sein, und in diesem Falle gilt nach der bekannten Rechtsregel id quod agitur, nicht quod dissimulate concipitur. Es kann jedoch die Absicht ernstlich auf den Abschluß eines Kaufes gerichtet sein, gleichzeitig aber auch die Intention dahin gehen, den Mitcontrahenten durch dies Kaufgeschäft zu bereichern, indem der ernstlich gemeinte Kaufpreis beiden Contrahenten bewußt niedriger bemessen wird, als der wahre Werth der Sache beträgt. Diesen

Digitized by Google

Fall behandelt die l. 38 D. de contr. emt. und entscheidet ihn dahin, daß alsdann das Geschäft als Kauf bestehe, fügt aber gleichzeitig hinzu, daß dies nur bei Verkäufen inter ceteros gelte, daß aber ein Verkauf, welcher Schenkungshalber unter Ehegatten in dieser Weise abgeschlossen worden, nichtig sei. Die Verschiedenheit der Behandlung, welche ein sonst gültiges Geschäft deshalb, weil es unter Ehegatten eingegangen ist, für ungültig erklärt, beruhet auf der Erwägung, daß sich sonst unter dieser Form das streng aufrecht zu erhaltende Schenkungsverbot leicht umgehen läßt, sie liegt auch der Entscheidung

l. 17 pr. D. ad S. Vell. (16, 1)

zu Grunde.

Nicht entgegen stehen die

l. 5 § 5, l. 31 § 3, D. de don. int. vir. et uxor. (24, 1), welche einen Schenkungshalber zu wohlfeil geschehenen Verkauf so behandeln, als sei zu Gunsten des Käufers etwas vom Kaufpreise abgelassen, und nun nicht das ganze Geschäft als einen ungültigen Verkauf, dasselbe vielmehr für gültig und nur den Preisnachlaß als unter das Schenkungsverbot fallend erklären. Es läßt sich nämlich nicht leugnen, daß es Fälle giebt, in welchen die Absicht nicht gerade dahin gerichtet ist, durch das ganze Kaufgeschäft eine Bereicherung des Ehegatten eintreten zu lassen, sondern in welchem der Schenkende einen bestimmten Kaufpreis als das angemessene Aequivalent setzt, nicht aber diesen, sondern die geringere Summe stipulirt und indem er im Uebrigen ein ernstliches Kaufgeschäft und nur dieses abschließen will, dem Ehegatten ein Geschenk damit macht, daß er ihm die Differenz zwischen dem wirklichen Werthe und dem stipulirten Kaufpreise erläßt. In solchen Fällen läßt sich sagen, daß eben nur diese Differenz geschenkt sei, und ob der eine oder der andere Fall vorliege, wird quaestio facti sein.

6) Es wird darnach die Absicht zu untersuchen sein, welche die Parteien bei der im December 1870 geschehenen Uebertragung des Hauses leitete. Kurz vorher hatten die Eheleute

Digitized by Google

die Gütergemeinschaft, in welcher sie bis dahin lebten, aufgehoben; die Ehe war beerbt, es hafteten also die Güter der Frau für die während der Ehe contrahirten Schulden. Eine Auseinandersetzung der gegenseitigen Vermögensverhältnisse und namentlich eine Feststellung dessen, was die Frau eingebracht oder aus dem gemeinschaftlichen Gute zu fordern habe, ist damals nach den eigenen Angaben der Ehefrau nicht erfolgt, es ist also auch die Intention des Geschäfts nicht gewesen, die Beklagte wegen solcher Forderungen durch die Verlassung des Hauses abzufinden, auch hat dieselbe eine solche Behauptung nicht aufgestellt. Unter diesen Umständen lag ein Zwang, welcher zu dieser Maßregel gedrängt hätte, nicht vor. Die Beklagte selbst giebt nun über die Gründe, welche die Verlassung herbeigeführt haben, an, daß der Kläger durch sein leichtfertiges Leben in die Gefahr des Vermögensverfalles gerathen sei und deshalb auf ihr Andrängen in die Aufhebung der Gütergemeinschaft und in die Uebertragung des Hauses gewilligt habe, um sie wegen ihrer Dotalansprüche und sonstiger Forderungen möglichst sicher zu stellen und dadurch auch für sich möglichst viel zu retten; sie meint deshalb, nicht die Absicht zu schenken, sondern die Rücksicht auf sein eigenes Interesse habe den Kläger zu dem fraglichen Geschäfte bewogen. Der letztere spricht sich über die Veranlassung, wenn auch in etwas anderer Weise, doch im Wesentlichen gleichartig aus. Er giebt in der Replik an, er habe für den Kupferschmied H. eine Bürgschaft übernommen gehabt, deren Consequenzen die Gegnerin ohne Grund befürchtet habe; sie habe ihm Tag und Nacht mit Bitten und Versprechungen zugesetzt, bis er sich dazu verstanden habe, nach zuvoriger Aufhebung der Gütergemeinschaft das Eigenthum seines Hauses auf die Gegnerin zu übertragen.

7) Nach beiden Darstellungen hat die Ehefrau auf die Maßregel angedrängt, und dieselbe ist geschehen, um das Haus dem Angriffe von Gläubigern des Mannes, denen sie haftete, zu entziehen, denn nach ihrer Angabe ist anzunehmen, daß der Mann damals schon in Schulden vertieft gewesen sei,

Digitized by Google

weil sonst die Gefahr des Concurses nicht wohl bevorstehen konnte. Beide divergiren nur soweit, daß nach der Version der Beklagten die schlechte Vermögenslage im Allgemeinen der Grund gewesen sei, sie wegen ihrer Ansprüche an das bis dahin gemeinsame Vermögen zu sichern, und daß dadurch auch der Mann seinen Gläubigern gegenüber möglichst viel habe retten wollen, — nach derjenigen des Klägers aber nur die eine von ihm übernommene Bürgschaft die Frau veranlaßt habe, jene Maßregel gegen ihn durchzusetzen. — Ob die letztere solchen Zwecken dienen konnte, kann hier ununtersucht bleiben, es genügt, aus den Angaben der Parteien die Absicht zu erkennen, welche sie bei dem Geschäfte geleitet hat.

8) Sollte die oben dargelegte Absicht erreicht werden, so mußte das Gegebene für die Ehefrau einen reinen effectiven Werth repräsentiren, welcher ihr Vermögen vergrößerte, die Absicht ging mithin auf eine Vermehrung desselben. Das Wohnhaus stand zu Stadtbuch auf den Namen des Mannes, es bestand, da eine Auseinandersetzung nicht vorgenommen wurde, für ihn keine Verpflichtung, dasselbe oder einen Theil an die Beklagte zu übertragen, that er dies dennoch, so verringerte er um dasjenige, was er in das Vermögen der Beklagten brachte, sein eigenes Vermögen, und zwar in der wohl bewußten Absicht, eine solche Verminderung auf seiner und eine Vermehrung auf der anderen Seite eintreten zu lassen. Hatte das Haus keinen höheren Werth als die intabulata betrugen, so konnte der Zweck einer Sicherung für die Beklagte selbstverständlich nicht erreicht werden. Dies konnte nur geschehen, wenn der Werth die Intabulata überstieg. Um diesen letzteren Betrag sollte mithin die Beklagte bereichert werden und wurde bereichert, und dieser Erfolg war der Zweck des Geschäftes. Daß die Bereicherung vorgenommen wurde, um der Beklagten eine Sicherung vor Ansprüchen — mochten diese begründet oder unbegründet sein — zu gewähren, kann hieran nichts ändern, entscheidend bleibt, daß zu dem angegebenen Zwecke eine reine Abtretung des Grundstücks geschehen ist.

9) Das ganze Geschäft wurde somit abgeschlossen in der

Digitized by Google

Absicht, die Beklagte zu bereichern um einen Vermögenswerth, welcher aus dem Vermögen des Klägers herausging, und zwar läßt sich nicht erkennen, daß die Intention ernstlich auf einen wahren Kauf gegangen sei und der Beklagten nur die Summe habe zugewandt werden sollen, um welche der wirkliche Werth des Hauses die Intabulata überstieg, vielmehr erscheint das Geschäft insofern als ein einheitliches, als durch den Uebergang des ganzen werthvolleren Grundstückes die Beklagte bereichert werden sollte. So ist es auch ausgeführt. In der Registratur vom 21. December 1870 heißt es nicht, daß das Haus verkauft sei, sondern nur: es sei abgetreten; es ist nicht gesagt, daß ein Kaufpreis beredet worden, sondern nur: es sei ein Preis von 5883 Thlr. 16 ßl. angenommen und dieser werde durch die Intabulata gedeckt. Damit findet sich ausgesprochen nicht die Beredung eines Kaufpreises, welcher durch die Uebernahme der Intabulata berichtigt werde, sondern die Ueberlassung des mit 5883 Thlr. 16 ßl. belasteten Grundstückes lediglich mit der Verpflichtung, diese zu übernehmen, wobei noch nicht einmal die Verbindlichkeit der Beklagten ausgesprochen ward, den Abtretenden von den gegen ihn wegen der Intabulata etwa bestehenden persönlichen Ansprüche zu befreien. Sollte bezüglich der ganzen Intention noch ein Zweifel bestehen, so wird derselbe dadurch beseitigt, daß Kläger gleichzeitig mit der Verlassung diejenigen 766 Thlr. 32 ßl. tilgen ließ, welche hinter den gedachten 5883 Thlr. 16 ßl. intabulirt, von ihm aber erworben waren. Beklagte sollte darnach von dem nach Abzug der Intabulata übrig bleibenden effectiven Werthe des Grundstücks nichts bezahlen, sondern dasselbe so, wie es war, erhalten. — Wenn auch der Kläger nach der Meinung der Beklagten durch das Geschäft selbst Vortheil hatte und haben sollte, so ist das zwar insofern richtig, als er, so lange die Ehe bestand und die Frau das Haus nicht veräußerte, in dessen Mitgenusse blieb, und als dasjenige, was Beklagte etwa aus einem Schiffbruch rettete, auch ihm zu Gute kam. Allein dies erscheint durchaus nebensächlich und solche Vortheile konnten für ihn nur eintreten,

Digitized by Google

wenn und soweit Beklagte eine effective Vermögensvermehrung erhielt, diese erscheint somit als die vorliegende und principielle Seite des Geschäfts. Ueberdies ersieht man nicht, daß Kläger bereits in Vermögensverfall gerathen ist, und daß solche Vortheile überall in Aussicht stehen.

10) Es enthält somit das Geschäft eine verbotene Schenkung, wenn sich erweisen läßt, daß der Werth des Grundstücks zur Zeit der Uebertragung die Intabulata merklich überstieg. In dieser Beziehung hat jedoch der Kläger keinerlei Beweis mehr zu führen. Einmal liegt vor, daß er bei der Verlassung die von ihm selbst erworbenen Folien 12, 13 ohne Aequivalent tilgen ließ. Dann hat er schon in der Klage behauptet, daß das Grundstück auch noch 1870 den Werth des Ankaufspreises de 1863 von 7620 Thlr. gehabt habe. Die Beklagte hat freilich geleugnet, daß der jetzige Werth des Hauses, also derjenige zur Zeit der Klaganstellung, ein so hoher sei, sich aber über jene allein interessirende Behauptung des Klägers nicht erklärt und hat dies auch in der Duplik nicht nachgeholt, trotzdem dieser Punkt noch einmal in der Replik hervorgehoben und urgirt war, daß es nur auf den Werth des Hauses zur Zeit der Uebertragung im Jahre 1870 ankomme und die desfallsige Klagbehauptung als zugestanden gelten müsse, da es an einer Erklärung über sie fehle. — Ist darnach als erwiesen anzunehmen, daß das gegen die Uebernahme der Intabulata abgetretene Haus damals 7650 Thlr. werth gewesen sei, so steht fest, daß diese Abtretung, weil sie eine Schenkung unter Ehegatten enthält, nichtig ist.

l. 3, § 10 D. de don. int. vir. et. uxor. (24, 1.)

ipso jure nihil valet quod actum est; ipso jure quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.

l. 52, § 1 D. eod.

quo casu inter ceteros condictio nascitur inter maritos nihil agitur.

11) Die Folge dieser Rechtswirkung ist, daß wenn der geschenkte Gegenstand noch vorhanden ist, derselbe von dem

Digitized by Google

Schenkenden vindicirt wird, weil er das frühere Eigenthum an demselben nicht verloren hat.

l. 5 § 18, l. 36 D. eod.

l. un. § 5 C. de rei ux. act. (5, 13.)

Auf die Bereicherung ist nur zu klagen, wenn die Sache nicht mehr vindicirt werden kann, und dieser Gesichtspunkt, nach welchem allerdings zu untersuchen sein würde, ob eine Bereicherung zur Zeit der Litiscontestation vorhanden sei, trifft hier, wo die Beklagte noch im Besitze des Hauses ist, nicht zu. Da die Beklagte durch die Verlassung zu Stadtbuch formell das Eigenthum erworben hat, so kann der Kläger die Zurückforderung nicht darauf begründen, daß er gegenwärtig noch Eigenthümer sei, die rei vindicatio in diesem Sinne also nicht anstellen, indeß tritt an deren Stelle die Klage aus § 36 Nr. 4 der Revidirten Stadtbuch-Ordnung auf Rückübertragung des Eigenthums mit denselben Rechtswirkungen, welche die rei vindicatio hat; dieselbe gewinnt dadurch, daß sie den formell geschehenen Eigenthumsübergang aus dem Grunde der Nichtigkeit anficht, nicht die Natur einer Bereicherungsklage. Alles, was die Beklagte über Forderungen anführt, welche ihr gegen den Kläger angeblich zustehen, kommt diesem Anspruche gegenüber nicht in Betracht. Wenn sie in die Ehe die in der Vernehmlassung angegebenen Beträge und Sachen inferirt hat, so steht ihr doch ein Anspruch auf Rückgewähr derselben, so lange die Ehe besteht, nicht zu. Die Verwendungen, welche sie nach der Verlassung des Hauses zur Aufrechthaltung der Wirthschaft und des Geschäftsbetriebes, sowie zur Abbürdung der Schulden des Mannes gemacht, die Verpflichtungen, welche sie dieserwegen übernommen haben will, können dem klägerischen Anspruche zu dem Erfolge, daß derselbe dadurch zurückgeschlagen oder auch nur zeitweise zurückgedrängt werde, nicht entgegengesetzt werden; eine Einrede der Retention ist darauf nicht begründet und eine Widerklage nicht erhoben. Die Verurtheilung konnte jedoch lediglich auf die Rückübertragung des Hauses gehen. Ob sie dasselbe von Belastungen zu befreien

Digitized by Google

hat, welche sie auf dasselbe gelegt hat, namentlich von denjenigen 3000 M., welche sie nach ihrer Angabe in der jetzigen Instanz hat intabuliren lassen, hängt davon ab, ob sie durch dieselben zur Zeit der Litiscontestation bereichert ist. Hierüber ist nicht verhandelt und bleiben dieserwegen den Parteien alle Zuständnisse offen, der Beklagten namentlich auch nach der Richtung, daß sie auf das Haus und für den Kläger gewisse Verwendungen gemacht habe.

12) Was die Früchte anlangt, so ist es bekanntlich controvers, ob dieselben, soweit sie von dem Beschenkten inzwischen gezogen sind, aus dem Grunde der Nichtigkeit der Schenkung zurückgefordert werden können, vergl. hierüber

v. Savigny System Bd. IV. pag. 42—45.

Die Frage ist aber hier nicht zu untersuchen, da der Kläger die Früchte nur von Zeit der Litiscontestation an fordert und er auf diese einen Anspruch hat nach dem Grundsatze, daß Beklagter dem Kläger dasjenige zu gewähren hat, was dieser gehabt haben würde, wenn sofort zur Zeit der Litiscontestation erfüllt wäre. Doch war hier nähere Liquidation und Gegenrechnung vorzubehalten.

---

18. Laesio enormis.

I. Ha. $960/_{1874}$.

Der Erbpächter R. zu C., welcher seine Hufe dem Gutsjäger H. zu St. mittels schriftlichen Vertrags für 5800 Thlr. und das Inventar unter Reservation bestimmter einzelner Stücke für 1000 Thlr. verkauft hatte, setzte der vom Käufer auf Erfüllung des Vertrages gerichteten Klage die exceptio laesionis enormis entgegen. Das thatsächliche Vorbringen, auf Grund dessen das oberstrichterliche Urtheil vom 18. März 1875 diese in den beiden Vorinstanzen zurückgewiesene Einrede als ausreichend substanziirt anerkannte und dem Beklagten aufgab zu beweisen,

daß beim Abschlusse des libellirten Kaufvertrages der Ge-

Digitized by Google

sammtwerth der im § 3 u. 4 der schriftlichen Vertragsurkunde als Gegenstände des Handels bezeichneten Sachen nach Maßgabe der von ihm gemachten Werthangaben 13729 Thlr. 16 ßl. oder doch mehr als 13600 Thlr. betragen habe,

ergiebt sich aus folgenden Entscheidungsgründen:

Die durch die beiden Vorerkenntnisse zurückgewiesene exceptio laesionis enormis hat nunmehr als ausreichend begründet anerkannt und zum Beweise verstellt werden müssen. In dem schriftlichen Vertrage § 3 ist der Preis für die Hufe zu 5800 Thlr. in der Weise bedungen, daß der Käufer den mit 1800 Thlr. capitalisirten Canon nebst einer weiteren Grundschuld von 1000 Thlr. in partem pretii übernehme und 3000 Thlr. zuzahle. Nach § 4 ist außerdem das ganze zur Zeit des Abschlusses auf der Hufe befindlich gewesene todte und lebende Feld-, Wirthschafts- und Haus-Inventar, auch aller Hausrath mit alleiniger Ausnahme eines Bettes und Kleiderschranks, für 1000 Thlr. mitverkauft. Es versteht sich von selbst, daß das Geschäft als ein einheitliches aufgefaßt werden muß und nicht theilweise entweder rücksichtlich des Grundstücks oder der mitverkauften Gegenstände rescissibel ist, daß es vielmehr nur darauf ankommen kann, ob der bedungene Gesammtpreis von 6800 Thlr. weniger als die Hälfte des wahren Sachwerthes sämmtlicher Verkaufsgegenstände beträgt. In dieser Beziehung hatte Beklagter schon in der Vernehmlassung behauptet, für die mit dem Canoncapital belastete Hufe seien ihm vor Kurzem 9000 Thlr. geboten, und er kommt nicht mit sich selbst in Widerspruch, sondern erläutert dieses Vorbringen nur in zulässiger Weise einer mißverständlichen Deutung gegenüber, wenn er jetzt bemerkt, er habe sagen wollen, daß das Grundstück trotz jener Belastung und ohne daß dieselbe von dem Preise in Abzug gebracht werde, 9000 Thlr. werth sei. Daneben waren in der Vernehmlassung die zur Zeit des Vertragsschlusses im Felde stehenden Früchte, welche zu Johannis als pars fundi mit zu überliefern gewesen wären, zu einem Werthe von 1700 Thlr. noch besonders berechnet, indem die vom Beklagten beschaffte Aussaat nach Art

Digitized by Google

und Maß specificirt wurde. In jetziger Instanz sucht der Beklagte diesen Ansatz dadurch noch genauer zu begründen, daß er nunmehr die in jenem Wirthschaftsjahre erzielten Ernteerträge der einzelnen Fruchtarten und deren marktgängige Preise anführt. Es ist indessen weder üblich, noch richtigen Taxgrundsätzen entsprechend, bei der Abschätzung eines ländlichen Grundstücks den muthmaßlichen Werth der noch bevorstehenden Ernte des laufenden Wirthschaftsjahres in Anschlag zu bringen. Die noch mit dem Boden zusammenhangenden Früchte haben keinen bestimmt meßbaren Werth, da sie in ihrer weiteren Entwickelung unberechenbaren Zufällen ausgesetzt sind, auch fehlt ihnen die selbständige Existenz, da sie als integrirende Bestandtheile des cultivirten Grundstücks sich darstellen, dessen Werth sich lediglich nach der Ertragsfähigkeit im Allgemeinen und dem jeweiligen Culturstande richtet. In diesem Betreff kann der Beklagte nur die von ihm verwandten Wirthschaftskosten, welche dem Käufer zu gute kommen würden, für seine Behauptung, daß er enorm lädirt sei, verwerthen und dahin gehört unzweifelhaft der Geldwerth des von ihm angeblich verwendeten Saatkorns. Nach seiner Angabe hat er verbraucht:

a. 100 Scheffel Roggen,
b. 6 Scheffel Gerste,
c. 100 Scheffel Hafer,
d. 150 Scheffel Kartoffeln.

Die in jetziger Instanz aufgestellten Preisangaben, welche das exceptivische Vorbringen in zulässiger Weise erläutern, führen, wenn man für den Zweck der Beweisauflage einstweilen die höchsten Ansätze zu Grunde legt, zu folgenden Beträgen:

ad a.	pro Scheffel	2 Thlr.	=	200 Thlr.	
ad b.	pro Scheffel	1 Thlr. 16 ßl.	=	8 Thlr.	
ad c.	pro Scheffel	1 Thlr. 4 ßl.	=	108 Thlr.	16 ßl.
ad d.	pro Scheffel	1 Thlr. 24 ßl.	=	75 Thlr.	
		zusammen		391 Thlr.	16 ßl.

Rücksichtlich der nach § 4 des Vertrages mitverkauften fahrenden Habe fand sich in der Vernehmlassung unter Hervorhebung der wesentlichen Stücke die allgemeine Angabe, daß

Digitized by Google

dieselbe im Ganzen mehr als 2000 Thlr. werth sei. Diese generelle Werthangabe ist nun in der Rechtfertigungsschrift in zulässiger Weise dadurch präcisirt, daß ein specificirtes Verzeichniß mit Taxe aufgestellt wird, in welchem, abgesehen von drei Aufstand Betten, der übrige Hausrath nicht einmal erwähnt ist. Darnach ergiebt sich ein Gesammtwerth von 2638 Thlr. Es kommt jedoch davon der letzte Ansatz für Futtervorräthe, die unter den Wortlaut des § 4 nicht fallen und überdies unzureichend specificirt sind, in Abzug, so daß ein erweislich zu machender Betrag von 2538 Thlr. übrig bleibt. Demnach hat der Beklagte mit einer für die Beweiserhebung völlig ausreichenden Bestimmtheit behauptet, das Grundstück sei zur Zeit des Vertragsabschlusses ohne Berücksichtigung der damals im Felde stehenden Früchte, jedoch mit Einschluß des Preises für verwendetes Saatkorn 1800 + 9000 + 391 Thlr. 16 ßl. = 11,191 Thlr. 16 ßl., das nach § 4 mitverkaufte Inventar 2538 Thlr. werth gewesen. Die Hälfte des hienach auf 13,729 Thlr. 16 ßl. sich stellenden Werthes aller Verkaufsobjecte würde 6864 Thlr. 32 ßl. betragen, mithin den bedungenen Preis von 6800 Thlr. um 64 Thlr. 32 ßl. übersteigen. Eine enorme Läsion würde schon vorliegen, wenn der nachweisbare Gesammtwerth auch nur mehr als 13,600 Thlr. betragen sollte. Der dieserhalb im gegenwärtigen Urtheile vorgeschriebene Beweissatz faßt das Ergebniß der vom Beklagten aufgestellten Werthberechnung zusammen und dazu wird hier noch ausdrücklich als selbstverständlich bemerkt, daß der Beklagte bei der Beweisführung an die von ihm aufgestellten einzelnen Ansätze gebunden bleibt, also nicht den sich ergebenden Minderwerth eines Vertragsobjects durch den zu erweisenden Mehrwerth eines anderen decken darf.

II. Wa. $906/_{1875}$.

Die zu dem Nachlasse der Wittwe W. gehörenden Schiffsparte wurden durch den Testamentsvollstrecker in der Art öffentlich

Digitized by Google

versteigert, daß zuerst die Parte einzeln ausgeboten wurden, sodann aber sämmtliche Parte zusammen zum Aufgebot kamen. Die bei der Versteigerung im Einzelnen abgegebenen Meistgebote betrugen im Ganzen 1005 Thlr.; die darauf vorgenommene Gesammtversteigerung führte jedoch zu einem weit günstigeren Resultate, indem der Schiffsbaumeister R. als Höchstbietender einen Preis von 3500 Thlrn. offerirte und damit den Reifer M., welcher 3005 Thlr. geben wollte, überbot. Er erhielt den Zuschlag und erklärte, daß er im Interesse seines Curanden (eines Miterben zum Nachlasse der Wittwe W.) geboten habe und sich vorbehalte, einen andern Käufer an seine Stelle zu setzen. Er hoffte, die erworbenen Schiffsantheile sofort an einen Reifermeister ohne Schaden weiter veräußern zu können, da dieselben die s. g. Reiferparte waren. Die bei der Erbauung und Ausrüstung neuer Schiffe beschäftigten Handwerker pflegen nämlich auch als Rheder bei dem Unternehmen sich zu betheiligen, und es ist üblich, daß, so oft das Schiff in den Heimathshafen zurückkommt, die erforderlichen Arbeiten und Lieferungen wieder dem Eigenthümer der betreffenden Handwerkspart übertragen werden, vorausgesetzt, daß dieselben das entsprechende Handwerk betreiben. Im vorliegenden Falle fand R. keine Abnehmer, er mußte die erstandenen Parte behalten und setzte der auf Zahlung des Zuschlagspreises erhobenen Klage die exceptio laesionis enormis entgegen. Durch Erkenntniß vom 7. Juni 1875 verwarf das Oberappellationsgericht diese in der Vorinstanz zugelassene und unter Beweis gestellte Einrede.

Gründe:

Beklagter hat selbst zugegeben, daß die Parte quaest. für einen Reifer einen höheren Werth haben, als ihren wirklichen Courswerth, und hat auch die Angabe der Klage nicht bestritten, daß dies darin seinen Grund habe, weil mit denselben bisher die an den Schiffen vorkommende Reiferarbeit verbunden gewesen, und nach hiesiger Ueblichkeit an diesen s. g. Reiferparten auch bei dem Käufer derselben, falls er Reifer sei, oder an seine Stelle einen hiesigen Reifer treten lassen könne, die Arbeit zu verbleiben pflege. So hat denn auch in der That

Digitized by Google

der Reiser M. für die gesammten Parte 3005 Thlr. offerirt, ein Preis, welcher die Gesammtsumme der ausweislich des Auctionsprotocolles abgegebenen Gebote für die einzelnen Parte fast um das Dreifache übersteigt, und hat nach des Beklagten eigener Angabe ihm der hiesige Reiser G. gesagt, er wolle nicht, daß auch diese Reiserparte wieder in die M.'schen Hände kämen, er werde 3500 Thlr. und mehr dafür bieten, und ist er auch nach dem ihm ertheilten Zuschlage der Meinung gewesen, daß es ihm ein Leichtes sein werde, den Reiser G. an seine Stelle zu setzen. — Hieraus ergiebt sich mit voller Klarheit, daß bei der Abgabe der Gesammtgebote überall nicht die Rücksicht auf den gemeinen Verkehrswerth der Parte für die Bietenden maßgebend gewesen ist, sondern vielmehr die Rücksicht auf den Gewinn, welcher aus der voraussichtlich durch den Besitz der Parte zu erlangenden Reiserarbeit an den Schiffen zu erzielen sein werde.

Bei solcher Sachlage kann aber dem Beklagten als Käufer nicht gestattet sein, den Kauf aus dem Grunde anzufechten, weil der wirkliche Werth der Parte nur 1005 Thlr. betrage, also nicht die Hälfte des von ihm abgegebenen Gebots von 3500 Thlr. erreiche.

Das durch die l. 2 und 8 Cod. de rescindenda venditione (4. 44) ursprünglich nur dem Verkäufer, durch die Praxis und insonderheit durch das Rostocker Stadtrecht in analoger Weise aber auch dem Käufer statuirte Recht, das Kaufgeschäft wegen übermäßiger Differenz zwischen dem wahren Werthe des Gegenstandes und dem vereinbarten Preise anzufechten, kann nur in den Fällen für anwendlich erachtet werden, in denen der Werth des Gegenstandes überall einen taxirbaren, einen s. g. Marktpreis hat,

cfr. Sintenis, Civilrecht, pag. 635 not. 217,
Thoel, Handelsrecht, 4. Aufl. pag. 409,

der nach den allgemeinen Verkehrsverhältnissen sich regelt; wo aber der Preis von andern bloß individuellen Umständen abhängig ist, da läßt sich eine Verletzung dieser Art nicht behaupten. — Diese Voraussetzung der Taxirbarkeit trifft aber

Digitized by Google

im vorliegenden Falle nicht zu. Nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten, womit auch die Ergebnisse der Auction übereinstimmen, war der Werth der Parte ein ganz verschiedener, je nachdem sie einzeln oder als Gesammtheit zum Verkauf gestellt wurden, da eben nur beim Verkaufe der einzelnen Parte der gemeine Verkehrswerth den Maßstab für die Preisbestimmung bot, während beim Verkaufe der Gesammtheit der Parte der durch den Besitz derselben zu erhoffende Gewinn durch Reiferarbeit, der s. g. Reiferwerth, von weit überwiegendem Einflusse war, wie ja denn auch der Verlauf der Auction gezeigt hat, daß gerade in Rücksicht auf diesen Reiferwerth von dem Reifer M. für die Gesammtheit der Parte 3005 Thlr. geboten waren, also fast dreimal mehr als die Summe der für die einzelnen Theile offerirten Preise. Bildet nun aber gerade nur die Gesammtheit der Parte den Kaufgegenstand, und war für den Preis dieses Kaufobjects nicht der gemeine Werth der mehreren einzelnen Stücke, sondern gerade der s. g. Reiferwerth von vorwiegender Bedeutung, so handelt es sich überall nicht um eine Waare, deren Werth von allgemeinen Verkehrsverhältnissen abhängig war, oder welche einen s. g. Marktpreis hatte, deren wahrer Werth also auch nicht durch eine Taxe festgestellt werden kann, und auf welche deshalb die Grenzen nicht anwendlich sind, welche sonst für die Differenz des Werthes und des Preises gesetzt sind.

Aber auch abgesehen hiervon, darf Beklagter sich nicht auf laesio enormis berufen, ohne sich eines offenbaren dolus schuldig zu machen. Denn als solcher muß es erachtet werden, wenn Beklagter, der ja durch sein Gebot nach seiner eigenen Angabe noch höhere Offerten erzielen wollte, jetzt, da er den Zuschlag erhalten hatte, sein Gebot schon als übermäßig hinstellen will, zumal hiermit der Erfolg verbunden sein würde, daß der Verkäufer in eine viel schlechtere Lage kommen würde, als es der Fall gewesen wäre, wenn Beklagter die Offerte des ꝛc. M. von 3005 Thlrn. überall nicht überboten, und der ꝛc. M. den Zuschlag erhalten hätte.

Digitized by Google

Es darf auch nicht außer Acht gelassen werden, daß eine Berufung auf laesio enormis dem Käufer überall dann nicht zusteht, wenn derselbe bewußterweise gar nicht in Rücksicht auf den wahren Werth der Sache, sondern nur aus andern Motiven einen zu hohen Preis bewilligt hat, indem in solchem Verhalten

cfr. Windscheid, Pandekten § 396 not. 7,
Seuffert, Archiv Band 4 Nr. 213 und Band 29 Nr. 118,

ein stillschweigender Verzicht auf eine aus dem gewöhnlichen Sachwerth herzuleitende exceptio laesionis enormis zu befinden ist, und solches ist hier der Fall, da ja Beklagter sehr wohl wußte, daß der gemeine Werth der Parte ein weit niedrigerer war, und da er nur in Rücksicht auf den weit höheren Reiferwerth geboten hat.

Die Bestimmungen des Rostocker Stadtrechts Th. 3 tit. 6 art. 30—33, auf welche Beklagter sich in jetziger Instanz bezogen hat, enthalten keine wesentlichen Abweichungen vom gemeinen Rechte, und läßt sich daraus in keiner Weise entnehmen, daß die Einrede qu. nur in den dort besonders hervorgehobenen Fällen des Verzichts und des Vergleichs hinwegfallen solle.

Mußte schon nach Vorstehendem die Einrede qu. für unstatthaft erachtet werden, so bedarf es eines weiteren Eingehens auf die Streitfrage nicht, ob bei den durch Versteigerung bewirkten Kaufgeschäften die Berufung auf laesio enormis überhaupt zulässig ist.

---

19. Negotiorum gestio. Ae. $265/_{1876}$.

Kurze Zeit nach dem Tode des Gutsbesitzers A. hatte dessen Wirthschafter C. zwei auf den Namen seines verstorbenen Dienstherrn lautende, mit $3^1/_2$ % verzinsliche, nach sechsmonatlicher Kündigung rückzahlbare Schuldverschreibungen der Rostocker

Digitized by Google

Bank im Betrage von 9000 und 6000 M. ohne zuvorige Kündigung gegen entsprechenden Zinsverlust sich von der Bank auszahlen lassen und die beiden Obligationen zurückgegeben, quittirt mit dem von seiner Hand geschriebenen Namen des Gläubigers A. Auf Grund dieser streitlosen Thatsachen klagten die A.'schen Erben gegen C., indem sie dessen Verurtheilung zur Erstattung der erhobenen Summe im Gesammtbetrage von 15000 M. mit den davon gezogenen Bankzinsen bezw. seit der Klagerhebung mit Proceßzinsen zu 5 % beantragten. Der Beklagte verlangte, daß die Kläger zur Begründung ihres Anspruchs beweisen sollten, er habe sich die Papiere rechtswidrig angeeignet, und stellte zugleich die positive Behauptung auf, er habe dieselben von A. als Geschenk erhalten. Er hatte deshalb schon vor der Eröffnung des Rechtsstreits den Klägern gegenüber anerkannt, daß jede der beiden Schenkungen wegen Mangels gerichtlicher Insinuation nur zum Betrage von 4200 M. giltig seien, und erklärte sich auch jetzt bereit, den Ueberschuß zurückzugewähren. Durch Bescheid vom 12. April 1878 bestätigte das Oberappellationsgericht das erstinstanzliche Urtheil, welches die Klage für begründet und liquide erklärt und die Schenkungseinrede unter Beweis gestellt hatte.

Gründe:

In wesentlicher Uebereinstimmung mit den Entscheidungsgründen des vorigen Urtheils ist anzuerkennen, daß der mittels der vorliegenden Klage erhobene Anspruch durch streitlose Thatsachen liquide gestellt ist. Es steht fest, daß der Beklagte zwei für den am 17. December 1875 verstorbenen Gutsbesitzer A. auf dessen Namen ausgestellte Schuldverschreibungen der Rostocker Bank Nr. 23584 zu 9000 M. und Nr. 24382 zu 6000 M., welche Beträge mit $3^1/_2$ % p. a. verzinslich und nach halbjähriger Kündigung rückzahlbar waren, am 21. Januar 1876 nicht für die Erben des Gläubigers, sondern für sich realisirt hat, indem er die beiden Documente mit einer von seiner Hand unter A.'s Namen vollzogenen Quittung versehen der Bank zurückgegeben hat, gegen Empfang der Darlehnssumme nebst den noch unabgetragenen Zinsen, wiewohl

Digitized by Google

unter Abzug eines entsprechenden Disconts wegen unterbliebener Kündigung. Der Beklagte meint zwar, der Besitz der Bankobligationen legitimire ihn als Forderungsberechtigten auf die darin verbrieften Summen so lange, bis ihm unredlicher Erwerb der Papiere nachgewiesen werde, allein er stützt sich dabei lediglich auf die Behauptung, daß die Bankobligationen, wenn sie gleich auf einen namentlich genannten Gläubiger gestellt sind, dennoch allgemein als Inhaberpapiere angesehen und behandelt würden, weil die Bank berechtigt sei, jedem Inhaber ohne weitere Legitimationsprüfung mit liberirender Wirkung Zahlung zu leisten. Es ist klar, daß durch die hier erwähnte Befugniß der Bank, ihre Obligationen ohne Weiterungen von jedem unverdächtigen Besitzer einlösen zu dürfen, die rechtliche Bedeutung der von ihr ausgestellten Schuldscheine nicht geändert wird. Es sind Beweisurkunden über Darlehnsverträge, welche die Bank als Schuldnerin mit individuell bezeichneten Personen als ihren Gläubigern abgeschlossen hat. Nach allgemeiner Rechtsregel bleibt das dadurch begründete obligatorische Rechtsverhältniß als ein die Contrahenten und deren Universalsuccessoren persönlich verbindendes bestehen, bis die Schuld durch Zahlung, Novation oder auf andere Weise erlischt. Der Uebergang des Gläubigerrechts auf einen Sondernachfolger kann sich nur durch einen neuen Rechtsact vollziehen, dessen thatsächliche Voraussetzungen von demjenigen, der sich darauf beruft, darzulegen und eventuell zu beweisen sind. Das hervorgehobene Privileg, welches der Bank zeitraubende, für ein großes Geldinstitut bei regem Geschäftsverkehre kaum ausführbare Nachforschungen erspart, besteht lediglich darin, daß sie den unverdächtigen Inhaber der Urkunde ohne Weiteres als den Forderungsberechtigten bezw. als dessen zur Gelderhebung ermächtigten Mandatar annehmen darf, während im Uebrigen die leitenden Grundsätze des gemeinen Obligationenrechts davon unberührt bleiben. Gläubiger aus dem Darlehnsvertrage ist danach der Darlehnsgeber und derjenige, welcher sich als dessen Rechtsnachfolger auszuweisen vermag, keineswegs jeder Besitzer der Schuld-

Digitized by Google

urkunde, dem unredlicher Erwerb des Documents nicht nachgewiesen werden kann. Im vorliegenden Falle hat daher der Kläger nicht den Beweis zu übernehmen, daß der Beklagte die libellirten A.'schen Bankobligationen widerrechtlich sich angeeignet habe, vielmehr genügt in dieser Beziehung zur Begründung seines Anspruches die streitlose Thatsache, daß die Obligationen auf A.'s Namen ausgestellt sind, der damit als Darlehnsgeber und Gläubiger bezeichnet ist. Es war die Aufgabe des Beklagten darzulegen und eventuell zu beweisen, daß er die in A.'s Person begründeten Forderungen durch einen rechtsbeständigen Uebertragungsact erworben habe, und es gereicht ihm daher der ihm dieserhalb auferlegte Beweis seiner Schenkungseinrede nicht zur Beschwerde. Erbringt er diesen Beweis nicht, so bleibt es dabei, daß er Capital und Zinsen, ohne dazu berechtigt zu sein, für sich erhoben, die Schuldnerin durch Rückgabe der quittirten Obligationen liberirt und somit die Darlehnsforderungen des verstorbenen A. vernichtet hat. Die Bank zahlte an ihn, weil sie ihn für den berechtigten Empfänger hielt und halten durfte. Wenn er das nicht war, gleichwohl aber das Geld für sich nahm und sich aneignete, so unterschlug er dasselbe, und die jetzt für die A.'schen Erben angestellte Klage auf Erstattung der beiden Capitale von 9000 und 6000 *M.* nebst den rückständigen verschreibungsmäßigen Zinsen zu $3^1/_2$ % ist demnach, wenn nicht als condictio furtiva, so doch zweifellos als negotiorum gestorum actio nach Vorschrift der l. 6 § 3 h. t. (3, 5) begründet und liquide. Die Erhebung der auf fremdem Namen stehenden Schuldforderung war objectiv betrachtet ein negotium alienum und ist auch als solches ausgeführt, indem der Beklagte nicht in seinem Namen, sondern in dem des Forderungsberechtigten quittirte. Will er also das erhobene, für sich wieder belegte Geld behalten, so muß er dies durch die der Klage entgegengesetzte Einrede der Schenkung rechtfertigen. Da er sui lucri causa ein negotium alienum ausführte, so hat er die Zinsen, welche bis zur Erhebung der Klage aus den eingezogenen Forderungen hätten gewonnen

Digitized by Google

werden können, um so mehr zu ersetzen, als nach l. 38 D. de negot. gest. (3, 5) sogar höhere Zinsen dem Kläger, wenn er darum gebeten, hätten zugesprochen werden müssen.

Daß der Beklagte die zu restituirende Gesammtsumme vom Tage der Klagbehändigung an mit 5 % zu verzinsen hat, beruht auf allgemeiner Rechtsregel, welche im gegebenen Falle dadurch nicht unanwendbar wird, daß er schon vor Eröffnung des gegenwärtigen Rechtsstreits die Ungiltigkeit der von ihm angeblich gemachten Schenkungen, soweit jede einzelne den Betrag von 4200 ℳ. übersteigt, zugegeben und sich demzufolge erboten hat und noch bereit ist, den Ueberschuß nach Abzug seiner Gegenforderungen zu erstatten, denn das Erbieten ist nach des Beklagten eigener Darstellung an die unter den obwaltenden Umständen für den Kläger unannehmbare Bedingung geknüpft gewesen, daß er die streitigen Schenkungen bis zur Summe von je 4200 ℳ. anerkenne. Durch die Erbringung der vorbehaltenen Einredebeweise würde freilich constatirt werden, daß der Beklagte Alles offerirt hätte, was er schuldig war, allein die Verbindlichkeit zur Entrichtung fünfprocentiger Proceßzinsen, welche die von dem verurtheilten Schuldner mit zu restituirenden Früchte des Streitgegenstandes darstellen, ist nach richtiger, in der einheimischen Praxis stets befolgter Ansicht durch mora solvendi nicht bedingt,

Savigny, System Bd. 6 § 270 f.,

Windscheid, Pandekten Bd. 1 § 124 Anm. 6,

und wird nicht schon durch Versetzung des Gläubigers in moram accipiendi, sondern erst durch gerichtliche Hinterlegung der Schuldsumme aufgehoben, weil bis dahin der Schuldner in der Lage gewesen ist, das Geld für sich nutzbar zu machen.

---

20. Spielschuld. Ae. $252/_{1875}$.

Im Hause des Gastwirths L. in N. war ein verbotenes Glücksspiel betrieben. Der Bankhalter hatte vor dem Beginn des Spieles den Theilnehmern Spielmarken zu einem verein-

Digitized by Google

barten Werthe verkauft und zahlte auch die Gewinne in solchen Marken aus unter der Verpflichtung, alle schließlich in den Händen der Spieler verbliebenen Werthzeichen gegen Geld einzutauschen. Da er dieses Versprechen unerfüllt ließ, übernahm der Wirth L. die Marken der beiden Spieler A. und S. im Betrage von 690 Thlr. und stellte dem A. über diese Summe einen eigenen Wechsel aus, den er nach Verfall von dem Indossatar einlösen mußte. Nun forderte er von A. die Wechselsumme zurück, indem er sich darauf berief, daß er statt der Valuta nur werthlose Marken erhalten und im Grunde nur eine fremde nichtige Schuld übernommen habe.

Durch Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 29. November 1875 wurde dieser Anspruch unter Aufhebung eines in der Vorinstanz gesprochenen, den Beklagten verurtheilenden Erkenntnisses rein abgewiesen.

Gründe:

Diejenigen Spielmarken, in deren Besitz der Beklagte und der Kaufmann S. sich befanden, sind unbestritten bei Gelegenheit eines im Mai 1873 zu N. betriebenen Hazardspiels von dem Bankhalter ausgegeben mit dem Versprechen, sie nach demjenigen Werthe, welchen dieser ihnen beim Beginn des Spieles beigelegt hatte, einzulösen; auch sind die Parteien darüber einig, daß dieselben hienach einen Betrag von 690 Thlr. repräsentirten. Als die Inhaber der Marken am 9. October desselben Jahres diese Summe von dem in dem Gasthause des Klägers logirenden Bankhalter forderten, verweigerte dieser die Zahlung, es erbot sich aber der Kläger, welchem sie dies mittheilten, freiwillig, sie wegen der Forderung zu befriedigen, es wurde über die Art und Weise der Deckung zwischen ihnen verhandelt, und verstand sich schließlich der Kläger dazu, zu diesem Zwecke dem Beklagten einen auf dessen Ordre lautenden Wechsel über 690 Thlr., zahlbar nach 2 Monaten, auszustellen und zu übergeben, wogegen ihm von diesem und dem S. die gedachten Marken ausgehändigt wurden. Den Wechsel hat sodann später der Kläger vom Beklagten zurückgefordert, weil er rechtlich zur Zahlung nicht verpflichtet

Digitized by Google

sei, letzterer hat aber die Rückgabe verweigert, das Papier weiter begeben und Kläger dasselbe von dem dritten Inhaber zum vollen Nennwerthe auslösen müssen, so daß er jetzt in dessen Besitz sich befindet. Er condicirt nunmehr den Wechsel oder richtiger den Betrag, welchen er zur Einlösung hat hergeben müssen.

2) Mit den beiden vorigen Erkenntnissen ist davon auszugehen, daß die Marken in ihrem vollen Betrage denjenigen Gewinn darstellen, welchen ihre Inhaber bei dem obgedachten Hazardspiele gemacht hatten, da Beklagter nicht zu behaupten vermocht hat, daß diejenigen Marken, welche er angeblich beim Beginne des Spiels gegen Hingabe von 300 Thlr. eingetauscht hatte, am 9. October 1873 noch in seinem Besitz gewesen seien. Eine solche Forderung aus einem Spielgewinn ist bekannten Rechten nach nichtig und es kann aus ihr eine Klage gegen den Verlierenden nicht angestellt werden, in dieser Beziehung waren die Marken — abgesehen von ihrem hier nicht interessirenden Materialwerthe — rechtlich werthlos, und der Kläger wußte, als er mit ihrer Aushändigung Inhaber der in ihrem Besitze beruhenden Forderung gegen den Bankhalter wurde, daß die letztere rechtlich nicht erzwingbar sei.

3) Der Zweck der Wechselausstellung war, wie schon erwähnt, der, die Inhaber der Marken wegen dieser Spielforderung zu befriedigen. Geht man davon aus, daß hiedurch die Forderung bezahlt sei, so fragt sich, ob das Gegebene zurückgefordert werden könne. In dieser Beziehung kann die bekannte Streitfrage, ob die l. 3 C. de aleator. (3, 43), welche vorschreibt, daß das zur Tilgung einer Spielschuld Gezahlte zurückverlangt werden könne, recipirt und noch gegenwärtig geltenden Rechtens sei, unerörtert bleiben. Jedenfalls ist dies Gesetz, wie aus seinen Motiven und seinem Inhalte zu ersehen, mit Rücksicht auf die öconomische Gefährlichkeit des Spiels erlassen und will die Theilnehmer an letzterem gegen seine verderblichen Folgen schützen. Es verordnet deshalb, daß, wie eine klagbare Forderung aus einem Spiele

Digitized by Google

nicht entstehe, so auch das von dem Verlierenden Gezahlte von diesem oder dessen Erben zurückgefordert werden könne, und weicht damit in völlig bewußter Weise ab von dem Grundsatze: cujus per errorem dati repetitio ejus consulto dati donatio est, sowie von demjenigen, daß in pari causa illicita die Rückforderung des Geleisteten nicht stattfindet. Die Bestimmung ist deshalb als ein Specialgesetz anzusehen und darf über den Kreis derjenigen Geschäfte und Personen, auf welche es nach seinem ausdrücklichen Inhalte Anwendung findet, nicht ausgedehnt werden. Nur dem verlierenden Spieler und dessen Erben ist die Rückforderung des gezahlten Verluftes gestattet, nicht aber auch dem Dritten, welcher, dem Spiele völlig fremd, nachträglich die Schuld des verlierenden Spielers freiwillig zahlt, wohl wissend, daß der Gewinnende einen erzwingbaren Anspruch auf Befriedigung nicht hat. Es treten hier auch nicht einmal diejenigen Gründe ein, welche den Erlaß jener Ausnahmebestimmungen hervorgerufen haben, da das so Gegebene nicht mehr zur Förderung des — bereits beendigten — Spieles dienen sollte und konnte.

4) Der Kläger hat im vorliegenden Falle dem Beklagten und dessen Genossen wegen ihres Gewinnes freilich Deckung gewährt, ihnen aber denselben nicht baar ausgezahlt, sondern auf den Betrag nur ein Wechselversprechen gegeben. Die vorige Sentenz hat für die Entscheidung des Rechtsstreites das Hauptgewicht auf diesen letzteren Umstand gelegt, die durch den Wechsel Seitens des Klägers übernommene Verpflichtung als eine Expromission aufgefaßt und diese, da das ihr unterliegende Geschäft nichtig sei, selbst für nichtig erklärt, deshalb auch die Condiction dieses Wechselversprechens als begründet erkannt und den Beklagten, da er die vom Kläger geforderte Rückgabe geweigert, vielmehr den Wechsel weiter begeben hatte, schuldig erachtet, dem Kläger die zu dessen Einlösung aufgewendete Summe zu erstatten. Dieser Argumentation kann jedoch nicht beigetreten werden. Die Expromission enthält eine Novation, sie soll eine bestehende Obligation aufheben, tilgen und an deren Stelle ein neues Forderungsrecht setzen.

Digitized by Google

Die aufzuhebende Obligation würde hier die Forderung gegen den Bankhalter aus dem Spielgewinne, repräsentirt durch die Marken, sein, und es erhellt nicht, daß diese, soweit ihr überall eine Wirkung beizulegen, aufgehoben ist und aufgehoben werden sollte, daß die Absicht dahin gegangen sei, den Bankhalter ganz zu befreien. Es wurden nicht diesem die Marken zurückgegeben, vielmehr wurden sie nach geschehener Abrede dem Kläger ausgehändigt, welcher dadurch in den Stand gesetzt wurde, sich wegen Auszahlung des Gewinnes an den Bankhalter zu wenden, da dieser nach der Bestimmung der Marken denjenigen für legitimirt annehmen mußte, welcher sich in ihrem Besitze befand. Die Forderung blieb somit in der Person des Klägers als des nunmehrigen Inhabers von Bestand und letzterer hat nicht für den Bankhalter die Zahlung der Spielschuld desselben übernommen. Durch die Ausstellung des Wechsels hat er auf seiner Seite eine durchaus selbständige Verpflichtung constituirt, der Beklagte und dessen Genosse wurden durch diesen Act wegen ihrer Forderung aus der Spielschuld befriedigt, da sie den Wechsel nicht bloß gegen den Aussteller einklagen, sondern auch, weil er an Ordre gestellt war, ihn, wie geschehen, gegen Zahlung seines Werthes weiter begeben und so dem Kläger alle Einreden aus dem unterliegenden Geschäfte abschneiden konnten. Für diesen Wechsel hat Beklagter dem Kläger eine Valuta gegeben, indem er demselben die Spielmarken aushändigte und so ihn in die Lage brachte, die durch dieselbe repräsentirte Forderung von dem Bankhalter einzucassiren. Daß diese Forderung eine nichtige war, der Kläger sie mithin gegen den Bankhalter nicht einklagen konnte, ändert an der Giltigkeit und Rechtsverbindlichkeit des Wechsels nichts. Welche Motive den Kläger zur Eingehung dieses Geschäfts bewogen haben, entzieht sich einer sichern Beurtheilung, die Angaben der Parteien differiren hierüber. Welcher Art sie auch gewesen sein mögen, so viel ist gewiß, daß Kläger sich über die Beschaffenheit derjenigen Forderung, welche er durch den Besitz der Spielmarken erwarb, nicht täuschte, er wußte, daß dieselbe nichtig und durch Klage

Digitized by Google

nicht zu realisiren sei und daß der Bankhalter sich noch soeben geweigert hatte, sie dem Beklagten und dessen Genossen S. gegenüber zu erfüllen. Gab er in vollem Bewußtsein dieser Sach- und Rechtslage den Wechsel dem Beklagten in einer solchen Weise in die Hände, daß dieser in dessen Realisirung völlig unbehindert war, so kann er sich nicht darauf berufen, daß das Aequivalent, welches er dafür erhielt und nur erhalten wollte, ein rechtlich werthloses war. Daß in dieser Beziehung eine Täuschung oder ein Zwang gegen ihn geübt worden, oder daß seine freie Willensbestimmung gehemmt gewesen sei, hat er nicht darlegen können.

5) Auch von anderen Gesichtspunkten aus läßt sich die Klage nicht aufrecht erhalten. Wer in dem Bewußtsein, daß die einem Dritten durch einen nichtigen Rechtsact constituirte Forderung rechtsunverbindlich sei, freiwillig demselben verspricht, denjenigen Betrag zu zahlen, welcher dieser Forderung gleich kommt, kann sich nicht darauf berufen, daß der Promissar dadurch ungerechtfertigt bereichert sei, er ist so anzusehen, als habe er dieserwegen die Schadloshaltung versprochen.

vergl. Windscheid Lehrbuch § 477, Anm. 10.

Ebensowenig kann behauptet werden, daß derjenige, welcher sich von einem Dritten, Unbetheiligten, aber mit der Sachlage Bekannten, die Zahlung einer Spielschuld versprechen läßt, diesem gegenüber in turpitudine versire, und endlich liegt nicht vor, daß die Giltigkeit und Kraft des Wechselversprechens davon abhängig gemacht worden wäre, daß der Kläger wegen des Betrages durch die Einlösung der Spielmarken Seitens des Bankhalters seine Befriedigung erlange. Es treffen also auch die condictio sine causa, ab injustam causam oder causa data causa non secuta nicht zu.

Digitized by Google

21. Condictio indebiti. Pe. 647/1878.

Durch einen am 2. December 1826 abgeschlossenen, im 6. Stücke des Off. Wochenblattes von 1827 publicirten, auch in Raabe's Gesetzsammlung I. Seite 552 abgedruckten Staatsvertrag trat das Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin für seine vom Preußischen Gebiet umschlossenen Enclaven, nämlich die Rittergüter Netzeband und Schönberg, sowie die zum Domanialamte Wredenhagen gehörende Ortschaft Rossow dem durch das Preuß. Zoll- und Verbrauchssteuer-Gesetz vom 26. Mai 1818 eingeführten Steuersystem in der Weise bei, daß die Preußische Regierung im Art. 3 versprach, dasjenige Einkommen, welches den Preuß. Cassen in Folge dieser Anschließung zufließen dürfte, der Mecklenburgischen Landesherrschaft restituiren zu lassen. Dieser vorläufig auf 10 Jahre, bis Ende 1836, abgeschlossene Vertrag sollte nach Art. 14 bei unterbliebener, 1 Jahr vor dessen Ablauf zu beschaffender Kündigung stets als noch auf 6 Jahre weiter hinaus verlängert angesehen werden. Durch Art. 5 wurde der Antheil Mecklenburgs an den Ein-, Aus- und Durchgangs-Abgaben für das Jahr 1827 und folgende bis auf weiteres zu 366 Thlr. Pr. Cour. festgesetzt, ist aber vom Jahr 1837 ab auf 416 Thlr. Crt. erhöht worden, sodann durch Art. 9 der Antheil an der Steuererhebung von der Branntwein-, Bier- und Essigfabrikation zu 1225 Thlr. in Friedrichsd'or. Beide Summen sollten in gleichen Quartalraten zu näher festgesetzten Terminen bei der Kgl. Regierung in Potsdam für die diesseitige Regierung bereit stehen und auf deren Anweisung gezahlt werden. Da nun aber die Mecklenburgische Regierung nach dem L.G.G.E.V. § 5, 46, 74 und 75 landesverfassungsmäßig nicht berechtigt war, von den Besitzern der beiden Rittergüter außer der ordentlichen Hufensteuer noch weitere Steuern ohne deren Zustimmung zu erheben, so schloß sie mit diesen am 9. und 22. December 1826 noch besondere Verträge über deren Beitritt zu diesem Staatsvertrage ab. In diesen Accessionsverträgen erkennen die beiden Gutsherrschaften die unter ihrer Zuziehung und Assistenz abgeschlossene Vereinbarung vom 2. December 1826 als für sich und ihre enclavirten Mecklenburgischen Güter verbindlich

Digitized by Google

an, ohne jedoch ihren sonstigen landständischen Gerechtsamen etwas zu vergeben. Zur Entschädigung für die Uebernahme der entsprechenden Preußischen Steuern wurde ihnen ein bestimmter Antheil an den von Preußen an Mecklenburg zu zahlenden Summen überwiesen. Die so festgestellten Beträge ließ die Kgl. Regierung zu Potsdam auf Anweisung des Mecklenburgischen Ministeriums direct an die beiden Gutsherrschaften in vierteljährlichen Vorauszahlungen entrichten und fuhr damit fort bis zum Januar 1869. Inzwischen war nun aber durch die im Jahre 1867 erfolgte Gründung des Norddeutschen Bundes die exceptionelle Lage, in welcher sich die fragl. Enclaven hinsichtlich der Zölle und Verbrauchssteuern seit dem Jahre 1827 den übrigen Gebietstheilen Mecklenburgs gegenüber befanden, aufgehoben. Nach Art. 33 der Bundesverfassung vom 26. Juli 1867 bildete fortan der Bund ein Zoll- und Handelsgebiet, und floß der Ertrag der Zölle und der in Art. 35 bezeichneten Verbrauchsabgaben in die Bundescasse. Zwar trat das übrige Mecklenburg erst mit dem 11. August 1868, vgl. die bezügl. Mecklenb. Verordn. vom 10. August 1868 (Reg.-Bl. Nr. 60) in die volle Zollgemeinschaft ein; dagegen hatte es nach Art. 38 des Bundesvertrages, letzter Absatz, dafür durch Zahlung eines Aversums zu den Bundesausgaben beizutragen. Ende Januar 1869 forderte auf Grund dieser Vorgänge das Preuß. Finanz-Ministerium die für das Jahr 1868 und das erste Quartal 1869 gezahlten Gelder zurück und erhob gegen die Netzebander Gutsherrschaft, welche die Erstattung ablehnte, durch einen beauftragten Anwalt die condictio indebiti. Der Kläger machte geltend, daß seitdem Preußen und Mecklenburg dem Norddeutschen Bunde angehörten, und die in den Enclaven aufkommenden Zölle und Verbrauchssteuern nicht mehr in die Preußische, sondern in die Bundescasse flössen, die Convention vom 2. December 1826 ihre Bedeutung und rechtliche Wirksamkeit verloren habe. Daß gleichwohl die vereinbarten Zahlungen fortgesetzt seien, beruhe lediglich auf einem Versehen. Die Generalstaatscasse, bezw. das derselben vorgesetzte Finanz-Ministerium, habe im Drange der Geschäfte nicht daran gedacht, den bis auf Weiteres erlassenen

Digitized by Google

Zahlungsbefehl zu widerrufen; keineswegs seien die Zahlungen zugelassen, weil die genannten Staatsbehörden die Convention von 1826 noch als giltig angesehen hätten.

Die so begründete Klage wurde nach vollständig durchgeführter Verhandlung vom erstinstanzlichen Gerichte rein abgewiesen in Erwägung, daß bis zum 11. August 1868, dem Zeitpunkte des förmlichen Eintritts Mecklenburgs in den Zollverein, die fraglichen Verträge noch fortbestanden haben, dann freilich unverbindlich geworden, die weiteren Zahlungen aber nicht aus einem entschuldbaren Irrthume geleistet seien.

Auf Berufung des Klägers verurtheilte das Oberappellationsgericht durch Erkenntniß vom 27. April 1874 den Beklagten, an den Königl. Preuß. Staatsfiscus zur Generalstaatscasse die für das letzte Quartal 1868 und das erste 1869 empfangenen Zahlungen nebst Zinsen zu 5 Procent seit der Klagezustellung zurückzuerstatten.

Gründe:

1) Da die Zahlungen, um deren Rückerstattung es sich gegenwärtig handelt, von Seiten des Preuß. Staates dem Beklagten unbestrittener Maßen auf Grund des von der Preußischen mit der Mecklenburg-Schwerinschen Regierung am 2. December 1826 wegen des Anschlusses der Enclaven Rossow, Netzeband und Schönberg an das indirecte Preuß. Steuersystem geschlossenen Staatsvertrages, zugleich zur Erfüllung der hierdurch letzterer, und von dieser wieder dem Beklagten gegenüber durch die zu jenem Staatsvertrage in Beziehung stehenden Vereinbarung vom 9. December 1826 eingegangenen Verbindlichkeiten, nach deren Anweisung geleistet sind, so kann es zuvörderst keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß dem Preuß. Staatsfiscus die condictio indebiti, das Vorhandensein eines entschuldbaren Irrthums vorausgesetzt, unmittelbar gegen den Beklagten zustehen würde, wenn zu der Zeit, da die fraglichen Zahlungen gemacht sind, weder die Preuß. Regierung der Mecklenburg-Schwerinschen, noch die letztere dem Beklagten in Wirklichkeit etwas aus jenen Verträgen schuldig war. Denn hat auch regelmäßig derjenige,

Digitized by Google

welcher im Namen eines Anderen, den er irrthümlicherweise für seinen Gläubiger hält, in der Absicht, dadurch die ihm gegen diesen vermeintlich obliegende Verbindlichkeit zu tilgen, eine Klage auf Rückerstattung des so indebite Geleisteten nur gegen denjenigen eben, welchem er in der Person des Dritten eine Zahlung zu leisten gedachte, nicht auch gegen den dritten Empfänger selbst, so verhält sich dies doch dann anders, wenn auch dieser seinerseits nach seinem Verhältniß zu demjenigen, für welchen ihm die betreffende Zahlung gemacht ist, dadurch indebite etwas erhalten hat. Wie der Inhalt der l. 2 § 4 D. de donat. (39, 5) und l. 7 § 1 D. de doli exc. (44, 4) ergiebt, wird dem Zahlenden die unmittelbare Geltendmachung des indebitum dem dritten Empfänger gegenüber sogar dann zugestanden, wenn die betreffende Leistung auf Geheiß des vermeintlichen Gläubigers selbst in solcher Weise geschah, daß dem Leistenden gegen diesen außer der condictio indebiti auch noch die actio mandati contraria auf Erstattung des für ihn Geleisteten zugestanden haben würde. Weit mehr noch muß dies daher dann der Fall sein, wenn ohne derartiges Geheiß für fremde Rechnung einem Dritten unter solchen Umständen geleistet worden ist, unter welchen derjenige, für welchen die Leistung geschah, dieselbe als ihm geschehen nicht anzuerkennen braucht, so daß der Zahlende wegen Erstattung des Geleisteten sich an ihn nicht halten kann, wie dies auch in den Entscheidungen der l. 53, l. 6 §§ 1, 2 D. de cond. indeb. (12, 6) und dem analogen Falle der l. 7 pr. D. de calumniator. (3, 6) anerkannt ist. Nach beiden Gesichtspunkten also, sowohl wenn man das von der Mecklenburgischen Regierung auf Grund des Staatsvertrages vom 2. December 1826 der Preußischen früher ertheilte Zahlungsmandat, weil nicht ausdrücklich widerrufen, zur Zeit der fraglichen Zahlung noch als fortbestehend ansehen, als auch wenn man dasselbe mit dem Erlöschen jenes Vertrages selbst für erloschen halten will, würde die Namens des Preußischen Staatsfiscus auf Rückerstattung des Gezahlten in der Richtung gegen den Beklagten erhobene Klage an sich begründet sein,

Digitized by Google

und so wenig der Beklagte die Legitimation des Klägers zur Erhebung dieser Klage aus solchen Gründen bestreiten kann, die aus dessen vermeintlichen Beziehungen zu dem gänzlich außerhalb des vorliegenden Rechtsverhältnisses stehenden Norddeutschen Bunde abgeleitet sind, ebensowenig kann der erhobenen Klage selbst gegenüber die Berufung auf solche Entschädigungsansprüche verfangen, die der Beklagte gegen die Mecklenburgische Landesregierung um deswillen zu haben glaubt, weil durch deren gesetzgeberische Acte seine Privatinteressen verletzt worden seien, um so weniger, als diese selbst, wenn sie sich auch überall rechtlich sollten begründen lassen, in keiner Weise näher dargelegt worden sind.

2) Auf der andern Seite steht es aber auch ebenso fest, daß diese Klage alsdann und so weit gegen den unmittelbaren Empfänger ausgeschlossen ist, wenn und als dieser durch das ihm auf fremden Namen Geleistete nur dasjenige erhalten hat, was er von demjenigen, für welchen ihm gezahlt ist, rechtsbegründeter Maßen wirklich zu fordern hatte, indem der Zahlende alsdann und so weit sich nur an denjenigen selbst wegen Rückerstattung des ihm indebite dadurch Zugewendeten halten kann, für welchen er diese Zahlung geleistet hatte.

vgl. l. 44 D. de cond. indeb. (12, 6),
l. 8, l. 11 D. eod.,
l. 12, l. 13 D. de novat. (46, 2),
l. 5 § 5 D. de doli except. (44, 5),
l. 1 § 3 D. de cond. sin. caus. (12, 7).

Würde also auch vorliegenden Falles immerhin angenommen werden müssen, daß in Folge des Beitritts Mecklenburgs zum Norddeutschen Bunde die Zahlungsverbindlichkeit, welche Preußen demselben gegenüber hinsichtlich der Herauszahlung der nach dem Vertrage vom 2. December 1826 von ihm in Mecklenburgischen Enclaven erhobenen Zoll- und Steuer-Aufkünfte, beziehentlich eines fixirten Betrages derselben, übernommen hat, mit dem 1. Januar 1868 ihre Endschaft erreicht habe, indem von diesem Zeitpunkte an Preußen jene Erhebungen in die Bundescasse abzuführen hatte, und mag

Digitized by Google

von Seiten der Mecklenburg-Schwerinschen Landesregierung dies immerhin anerkannt sein, dem Beklagten würde dies in keiner Weise präjudiciren, und dessenungeachtet die Rückerstattung des Namens der Mecklenburgischen Regierung ihm in Veranlassung jenes Staatsvertrages Geleisteten von ihm mit Grund verweigert werden können, die condictio indebiti ihm gegenüber also ausgeschlossen sein, wenn und so weit, wie er behauptet, die Verpflichtung der Mecklenburgischen Regierung aus der Vereinbarung vom 9. December 1826 nach jenem Zeitpunkte noch fortdauerte, da er dann und so weit durch die ihm geleisteten Zahlungen nur dasjenige erhalten haben würde, was er wirklich zu fordern hatte.

Die zunächst zu entscheidende Frage ist also die, ob und in welchem Umfange dem Beklagten noch nach dem 1. Januar 1868 ein Recht auf die ihm für die Mecklenburgische Regierung aus der mit dieser im Anschluß an den Staatsvertrag vom 2. December 1826, am 9. December jenes Jahres geschlossenen Vereinbarung geleisteten Zahlungen zustand.

3) Bei der Beantwortung dieser Frage muß nun aber gegenüber der Berufung des Beklagten darauf, daß wegen der Aufhebung jener beiden Verträge zwischen den betreffenden Theilen weder bei Gelegenheit der Abschließung des Bundesvertrages, noch später ausdrückliche Verhandlungen gepflogen seien, ebensowenig die darin vorgesehene Kündigung erfolgt sei, und ein Vertrag blos wegen veränderter Umstände nicht schon seine Geltung verliere, würde derselbe auch bei der später eingetretenen Sachlage voraussichtlich nicht so, wie geschehen, geschlossen sein, zuvörderst anerkannt werden, daß selbst ein vertragsmäßig begründetes obligatorisches Verhältniß nicht bloß durch unmittelbar oder mittelbar darauf abzielende Willenserklärungen der Betheiligten aufgelöst werden, sondern ebenso auch durch den Wegfall derjenigen Voraussetzungen seine Wirksamkeit verlieren kann, welche nach der klar erkennbaren Intention der Contrahenten dessen Eingehung materiell bedingten und das Wesen wie die Bedeutung desselben in rechtlicher Hinsicht bestimmten, indem derjenige Interessent,

Digitized by Google

welcher dessenungeachtet an dem Vertrage festhalten und die dadurch ihm zugesicherten Leistungen verlangen wollte, den Vorwurf zu gewärtigen hätte, daß er sich dadurch mit dem selbigem zu Grunde liegenden Willen selbst in Widerspruch setzt und etwas Unbilliges fordert, daher einer hierauf gerichteten Klage eine exceptio doli entgegenstehen würde.

4) Den veranlassenden Grund der zwischen der Mecklenburg-Schwerinschen Regierung einerseits und dem Vorbesitzer des Beklagten andererseits über dessen Beitritt zu dem Staatsvertrage vom 2. December 1826 geschlossenen Vereinbarung bildete nun der Umstand, daß der letztere als Mitglied der Mecklenburgischen Ritterschaft nach der bestehenden Landesverfassung rechtlich nicht genöthigt werden konnte, sich und seine Begüterung Netzeband den nach dem Königl. Preuß. Zoll- und Verbrauchssteuer-Gesetz vom 26. Mai 1818 zu entrichtenden Abgaben und den weiter damit in Verbindung stehenden Beschränkungen zu unterwerfen, daß daher diese Unterwerfung und so auch die von Preußen gewünschte Hereinziehung seiner Begüterung in das durch jenes Gesetz eingeführte indirecte Steuersystem, somit auch der Abschluß des Staatsvertrages vom 2. December 1826 von Mecklenburgischer Seite ohne seine freie Zustimmung nicht zu erreichen, und er zur Ertheilung dieser nur dadurch zu bestimmen war, daß ihm für die exceptionelle Besteuerung und die darin liegende Prägravirung, welcher er sich im Verhältniß zu seinen Standesgenossen unterwarf, durch Herauszahlung des Mehrbetrags von Steuern, welche er nunmehr für seine Person und seine Begüterung zu leisten hatte, eine angemessene Entschädigung gewährt wurde.

Die bedingende Voraussetzung des durch die Vereinbarung vom 9. December 1826 zwischen ihm und der Mecklenburg-Schwerinschen Regierung begründeten obligatorischen Verhältnisses und seines Anspruchs auf den Bezug der dadurch ihm zugesicherten Entschädigung war demnach der Bestand und die Fortdauer der dadurch für ihn begründeten Sonderstellung und Prägravirung im Vergleich zu den übrigen Mitgliedern der Mecklenburgischen Ritterschaft, indem er neben den ihm nach

Digitized by Google

dem Preußischen Zoll- und Steuersystem obliegenden Abgaben zufolge ausdrücklicher Bestimmung alle ihn als Mecklenburgischen Gutsbesitzer treffende Steuern und Lasten von seinen Mecklenburgischen Gütern der Enclave nach wie vor unverkürzt zu leisten gehalten blieb.

Diese Sonderstellung und diese Mehrbelastung des Beklagten wie seiner enclavirten Begüterung hat aber ganz entschieden von dem Augenblicke an aufgehört, als das gesammte Mecklenburg in Folge der mit landständischer Zustimmung begründeten Verfassung des Norddeutschen Bundes, nachdem die für das übrige Land mit Ausschluß der Enclaven durch die Verordnung vom 10. August 1868 (Reg.-Bl. Nr. 73) in das einheitliche Zoll- und Handelsgebiet des Bundes eintrat, und damit auch für das ganze Land gleichmäßig die auf das Zoll- und Handelswesen des Bundes bezüglichen Bestimmungen der Bundesverfassung in volle Wirksamkeit traten.

Von diesem Augenblicke an stand also auch dem Beklagten nach dem in rat. 3 Bemerkten gegen die Mecklenburgische Landesregierung keine wirksame Forderung auf den Fortbezug der durch die Vereinbarung vom 9. December 1826 ihm zugesicherten Leistungen mehr zu, und unterliegt es deshalb keinem Zweifel, daß er sowohl die nach diesem Zeitpunkte aus Preußischen Cassen für die Mecklenburg-Schwerinsche Regierung aus jener Vereinbarung ihm gemachten Zahlungen indebite empfangen hat, als auch, daß der Preußische Staat, da er nunmehr auch seinerseits der Mecklenburgischen Regierung aus dem Vertrage vom 2. December 1826 nichts mehr schuldete, die wegen jener Zahlungen an sich begründete condictio indebiti, deren sonstige Erfordernisse vorausgesetzt, direct gegen den Beklagten anstellen kann, wie in rat. 1 bereits ausgeführt ist.

5) Es kann sich daher nur noch fragen, ob nicht etwa aus anderen Gründen schon in einem früheren Zeitpunkte, insbesondere, wie Kläger will, mit dem Beginn des Jahres 1868 die Wirksamkeit jener Vereinbarung erloschen ist. Diese Frage ist jedoch zu verneinen. Denn wurde auch in Mecklenburg-

Digitized by Google

Schwerin, gleichwie in sämmtlichen übrigen dem Norddeutschen Bunde beigetretenen Staaten, die Bundesverfassung unterm 25. Juni 1867 (Reg.-Bl. Nr. 27) mit der Bestimmung publicirt, daß dieselbe am 1. Juli jenes Jahres in Kraft treten solle, so war doch in der betreffenden Publications-Verordnung zugleich der Vorbehalt gemacht, daß „rücksichtlich des Zoll- und Handelswesens die in hiesigen Landen zur Zeit bestehenden Gesetze bis auf Weiteres in Kraft bleiben." Hiernach blieb daher auch für die von Preußischem Gebiet umschlossenen Enclaven, insbesondere also auch für die Netzebander Begüterung des Beklagten, einstweilen noch das bisherige Verhältniß von Bestand, nach welchem sie vermöge des Staatsvertrages vom 2. December 1826 und des Accessionsvertrages vom 9. December 1826 dem Preuß. indirecten Steuersystem und hiedurch im weiteren Verfolg der Ereignisse dem von Preußen gegründeten s. g. Deutschen Zoll- und Handelsverein angeschlossen waren, wie dies auch in dem unter dessen Mitgliedern zuletzt am 16. Mai 1865 erneuerten Zollvereinigungsvertrage Art. 2, 1 (Preuß. Gesetz-Sammlung von 1865 Nr. 27), dessen Bestimmungen nach Art. 40 der Bundesverfassung zwischen den betheiligten Bundesstaaten einstweilen in Kraft bleiben sollten, ausdrücklich hervorgehoben ist, und ebenso auch nach dem Zustandekommen der Bundesverfassung in dem zwischen dem Norddeutschen Bunde einerseits und Baiern, Würtemberg, Baden und Hessen andererseits abgeschlossenen, die Fortdauer des Zoll- und Handelsvereines betreffenden Vertrage vom 8. Juli 1867 (Bundesgesetzblatt Nr 9), Art. 6, 1 b., wie in der Anl. zu Nr. 5 des dazu gehörigen Schlußprotocolles I. 1 f. II. 1 a. III. 1 a. wiederholt anerkannt ist.

Auch die durch die Verordnung vom 10. August 1868 (Reg.-Bl. Nr. 60) geschehene Einführung der Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes über das Zoll- und Handelswesen, wonach diese mit dem 11. ejusd. für die hiesigen Lande in Kraft treten und somit von diesem Zeitpunkte an alle entgegenstehenden bisher in Geltung gewesenen Gesetze und Ver-

Digitized by Google

ordnungen aufgehoben sein sollten, und zugleich für die bisher vom Deutschen Zoll- und Handelsverein ausgeschlossenen Gebietstheile Mecklenburgs eine Nachversteuerung bestimmter Waaren angeordnet ward, änderte an diesem exceptionellen Verhältniß der Enclaven zunächst Nichts, da nach § 10 der dazu gehörenden Verordnung über die Nachversteuerung, die Grenzbewachung von Seiten des Zollvereins bis zur Beendigung der Revision der nachsteuerpflichtigen Waarenvorräthe gegen das übrige Großherzogthum noch fortdauerte. Erst mit dem 19. September 1868, als dem Zeitpunkte, mit welchem vermöge des Publicandum vom 14. ejusd. (Reg.-Bl. Nr. 73) der völlig freie Verkehr zwischen dem übrigen Großherzogthum und dem bisherigen Gebiete des Deutschen Zollvereins eröffnet ward, hörte daher die Sonderstellung der Enclaven auf, und trat zugleich die völlige Gleichstellung des Beklagten und seiner Begüterung mit seinen Standesgenossen wie deren Begüterung in Beziehung auf die Belastung mit Steuern und Abgaben ein.

6) Dem gegenüber sucht nun freilich der Kläger auszuführen, diese Gleichstellung sei schon mit dem 1. Januar 1868 dadurch bewirkt worden, daß, während nach dem Haushaltsetat des Norddeutschen Bundes für das Jahr 1868 (Bundesgesetzblatt Nr. 12) in Maßgabe des Art. 38 der Bundesverfassung die vom Zollverein, dem die Enclaven bereits angehörten, erhobenen Zölle und Verbrauchssteuern seit Beginn jenes Jahres direct in die Bundescassen flossen, das nicht dem Zollvereine angehörende Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin zu den Bundesausgaben durch Zahlung eines Aversum von 95600 Thlr. beizutragen gehabt habe. Allein auch dies kann nicht für richtig gehalten werden. Denn es liegt in keiner Weise vor, wie dieses Aversum aufgebracht worden ist, vornehmlich nicht, daß zur Aufbringung dieser Summe eine besondere directe Steuer im Lande erhoben worden ist, und sollte dazu ein Beitrag aus Landesmitteln geleistet werden, so würde alsdann auch der Beklagte als Mitglied der Ritterschaft seinen Antheil daran getragen haben.

Digitized by Google

Somit blieb er bis zu dem erwähnten Zeitpunkte hin, mit welchem die Zoll- und Steuergesetzgebung des Bundes für das gesammte Mecklenburg in gleichmäßige Wirksamkeit trat und seine landesverfassungsmäßige Befreiung von den danach entrichteten Steuern mit derjenigen seiner Standesgenossen zugleich aufhörte, prägravirt, und demnach seiner Landesregierung gegenüber aus der Vereinbarung vom 9. December 1826 entschädigungsberechtigt. Was ihm Namens dieser von Preußen für die ersten drei Quartale des Jahres 1868 hierauf gezahlt worden, kann daher auch nicht von ihm als indebite empfangen zurückgefordert werden. Auch steht dem nicht entgegen, daß nach § 3 der Vereinbarung vom 9. December 1826 ihm diese Entschädigung oder Vergütung gerade von den aus dem Vertrage vom 2. December 1826, von Preußen an Mecklenburg-Schwerin zu leistenden Zahlungen gewährt werden sollte. Denn er hatte diese Vergütung immer nur von seiner Landesregierung zu fordern, und so wenig sein Recht hierauf davon abhing, daß Preußen dieser gegenüber auch wirklich der durch den Vertrag vom 2. December 1826 übernommenen Verbindlichkeit nachkam, so wenig kann es ihm zum Nachtheil gereichen, wenn etwa die Mecklenburgische Regierung in Folge des die Errichtung des Norddeutschen Bundes bezielenden Bündnißvertrages und dessen weiterer Entwickelung einseitig, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, auf die nach jenem Vertrage Preußen gegenüber ihm zugestandenen Ansprüche verzichtet haben sollte, während im Uebrigen das für den Beklagten vermöge seines Beitritts zu demselben begründete exceptionelle Verhältniß, für dessen ihn benachtheiligende Wirkungen eben er entschädigt werden sollte, noch von Bestand blieb.

7) Ist aber hienach die auf Rückerstattung gesammter seit dem 1. Januar 1868 dem Beklagten von Preußen für Mecklenburg-Schwerin in Maßgabe der Verträge vom 2. December resp. 9. December 1826 noch geleisteter Zahlungen gerichtete Klage rücksichtlich der ersten drei Quartalzahlungen für das Jahr 1868 durch die sent. a qua mit Recht als unbegründet zurückgewiesen worden, und war insoweit diese Sentenz zu

Digitized by Google

bestätigen, so kann dagegen dem Grunde, aus welchem dieselbe diese Klage auch hinsichtlich der weiteren für das vierte Quartal jenes und das erste Quartal des Jahres 1869 gemachten Zahlungen, trotzdem daß sie dieselben für indebite geleistet und empfangen erklärt, zurückweisen zu müssen glaubt, nicht beigestimmt werden. Denn das Versehen, in Folge dessen die in Rede stehenden Zahlungen dem Beklagten indebite geleistet worden sind, kann keineswegs in solchem Grade für unentschuldbar gehalten werden, daß aus diesem Grunde dem Kläger die condictio indebiti versagt werden müßte.

Dieses Versehen würde darin bestehen, daß diejenigen Preuß. Behörden, welche nach den bestehenden Ressortverhältnissen die Erfüllung der dem Preuß. Staate aus dem Vertrage vom 2. December 1826 Mecklenburg-Schwerin gegenüber obliegenden Verbindlichkeiten zu beschaffen und nach dessen Anweisung den von den betreffenden Zahlungen auf den Beklagten fallenden Betrag direct an diesen abzuführen hatten, nach der erfolgten Gründung des Norddeutschen Bundes bei dem stufenweisen Eintritt der durch die Bundesverfassung vorgesehenen neuen Einrichtungen und der dadurch in den bisherigen Verhältnissen hervorgerufenen Veränderungen sich nicht sogleich derjenigen Consequenzen klar bewußt wurden, welche daraus für den Fortbestand jenes Vertrages sich ergaben, und so irrthümlicher Weise die Erfüllung der daraus für Preußen ursprünglich bestandenen Verpflichtungen durch Leistung der in Frage stehenden Zahlungen auch dann noch fortsetzten, nachdem diese selbst mit dem vollen Eintritte Mecklenburgs in das einheitliche Zoll- und Handelsgebiet des Bundes, wie in die Gemeinschaft des Deutschen Zoll- und Handelsvereins jedenfalls erloschen waren.

Ein mangelhaftes Bewußtsein dieser Art, mag man dasselbe nun als Unwissenheit oder als Irrthum qualificiren, fällt aber richtiger Ansicht nach,

vergl. Savigny, System des Römischen Rechts, Bd. 3, Seite 338 ff.,

unter den Gesichtspunkt des Irrthums über Thatsachen, und

Digitized by Google

wenn die Folge davon hier auch die war, daß die Preuß. General-Staatscasse es unterließ, die mittels Schreibens vom 16. Februar 1855 der Regierungs-Hauptcasse in Potsdam ertheilte Anweisung, die in Rede stehenden Zahlungen fortlaufend bis auf unbestimmte Zeit in Quartalraten durch das Hauptzollamt zu Wittenberge zu leisten, rechtzeitig zurückzunehmen, so stellt sich doch auch nach dieser Seite hin das vorgefallene Versehen, wenn man den Grund und die Veranlassung desselben betrachtet, nicht als ein Irrthum über eigene Handlungen dar. Der Irrthum über Thatsachen gilt ferner nicht nur im Zweifel für entschuldbar, sondern für unentschuldbar sogar nur dann, wenn er auf grober Fahrlässigkeit beruht,

vergl. l. l. 2, 3, 6, 9, § 5. D. de jur. et facti ignorantia (22, 6) mit l. 213, § 2, l. 223 pr. D. de V. S. (50, 16) und

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. 3, Seite 349 ff.,

und was den hier in Frage stehenden Irrthum, welcher die Zahlung einer Nichtschuld an den Beklagten veranlaßt hat, betrifft, so kann es für unentschuldbar und als ein auf grober Fahrlässigkeit beruhendes Versehen gewiß nicht gehalten werden, wenn bei so eingreifenden und umfassenden Veränderungen, wie sie die Gründung des Norddeutschen Bundes und seiner Institutionen herbeigeführt hat, eine Verwaltungsbehörde, auch eine höher gestellte, nicht sofort nach allen Seiten hin sich der Folgen bewußt geworden ist, welche dieselben in ihrer Rückwirkung auf früher begründete Staats- und Rechtsverhältnisse äußerten und deshalb in einer mehr untergeordneten Beziehung während der ersten Zeit des Bestehens dieser neuen Verhältnisse eine dadurch gebotene Maßregel versäumt hat.

Da nun auch der Irrthum, beziehentlich der entschuldbare Irrthum des Zahlenden richtiger Ansicht nach nicht der erzeugende Grund der condictio indebiti ist, sondern für deren Zulässigkeit nur um deswillen gefordert wird, weil seine Abwesenheit die Annahme, daß ob causam habe geleistet

Digitized by Google

werden sollen, also sine causa geleistet sei, ausschließt, hier aber offensichtlich solvendi causa in Folge ungenügender und deshalb unrichtiger, jedoch an sich entschuldbarer Abwägung der obwaltenden, thatsächlich begründeten Rechtsverhältnisse, und weder donandi causa, noch in offenbarer Gleichgültigkeit hinsichtlich der Rechtsfrage die in Rede stehenden Leistungen an den Beklagten gemacht sind, dieser auch dadurch eine ungerechtfertigte Bereicherung erlangt hat, so war, ohne daß es nach dieser Seite hin noch eines weiteren Beweises der von dem Kläger für die Entschuldbarkeit des vorgefallenen Versehens geltend gemachten, vom Beklagten bestrittenen Thatsachen bedurfte, unter Abänderung der entgegenstehenden Bestimmung der sent. a qua Beklagter sofort zur Rückerstattung der seit dem 1. October 1868 indebite empfangenen Zahlungen zu verurtheilen, und zwar des vollen Betrages derselben, da in keiner Weise vorliegt, oder auch nur von Seiten des Beklagten geltend gemacht ist, daß der Betrag der dadurch erlangten Bereicherung inzwischen ohne seine Schuld seinem Vermögen verloren gegangen sei.

8) Auf die hienach zurückzuerstattenden Summen hat Beklagter Proceßzinsen zu 5 Procent zu entrichten. Dagegen konnten die weiter noch vom 17. August 1869 ab, als dem Tage, an welchem Kläger unbestrittener Maßen den Beklagten zur Rückerstattung der indebite empfangenen Zahlungen aufgefordert hat, begehrten Verzugszinsen dem Beklagten nicht auferlegt werden. Denn zweifellos hat er diese Zahlungen bona fide entgegengenommen und dieselben Gründe, welche den Irrthum des Zahlenden als entschuldbar erscheinen lassen, müssen auch ihm zur Entschuldigung gereichen, wenn er bei der verwickelten Natur der hier in Betracht kommenden thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, obwohl diese selbst offen vorlagen, jenem Verlangen nicht sogleich nachgab, sondern es dieserhalb auf einen Rechtsstreit ankommen ließ.

Dieses Urtheil wurde in der Restitutionsinstanz unterm 14. December 1874 lediglich bestätigt, obwohl das auf Antrag des Beklagten und Imploranten eingeholte Facultätsgutachten

Digitized by Google

die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Spruches befürwortet hatte.

Gründe:

1) Das auf implorantischen Antrag eingeholte Rechtsgutachten gelangt zu dem Ergebnisse, daß der erste Richterspruch, welcher die Klage abweist, wiederherzustellen sei, weil der Kläger seinen Anspruch auf Erstattung der indebite geleisteten Zahlungen nicht gegen den Beklagten, sondern gegen die Mecklenburgische Regierung geltend zu machen habe. Mit Recht bejahen die Verfasser des Erachtens die processualische Vorfrage, ob die von ihnen als begründet und liquide anerkannte Einrede der fehlenden Passivlegitimation in gegenwärtiger Instanz noch zu berücksichtigen sei, obwohl beide Vorerkenntnisse nach Ausweis der beigegebenen Entscheidungsgründe von der Voraussetzung ausgehen, daß dieselbe unbegründet sei. Es ist nämlich durchaus richtig, daß die Zurückweisung jener Einrede nur für das zweite Urtheil die maßgebende Bedeutung einer unerläßlichen, mithin der Rechtskraft fähigen Unterscheidung hat, während die in erster Instanz erkannte Abweisung der Klage auf anderen, davon unabhängigen Erwägungen beruht. War aber hienach eine wiederholte Prüfung des in Rede stehenden Einwandes statthaft, so war sie zweifellos auch veranlaßt und geboten durch die jetzige Hauptbeschwerde des Imploranten, wenngleich die Rechtfertigungsschrift in dieser Richtung neues Material nicht liefert.

2) Für die rechtliche Beurtheilung dieses nun abermals in erster Linie zu entscheidenden Streitpunktes muß man davon ausgehen, daß der durch den Kläger vertretene Preußische Staatsfiscus die libellirten Zahlungen an den Beklagten geleistet hat, ohne dieserhalb zu demselben in einem Schuldverhältniß zu stehen, lediglich auf Grund eines von der Mecklenburgischen Regierung ertheilten Zahlungsauftrages, welcher beim Eintritte dieses Staats in den Deutschen Zollverein nicht zurückgenommen und von der zahlenden Behörde einstweilen als fortwirkend betrachtet wurde. Daraus wird in dem vorliegenden Erachten unter Verweisung auf L. 180 de D. R.

Digitized by Google

J. (50, 7) — L. 49, 64 D. de solut. (46, 3) die durchaus richtige Folgerung abgeleitet, daß es so anzusehen sei, als ob die Zahlungen an die Mecklenburgische Regierung geleistet und von dem Beklagten nur als deren Stellvertreter entgegen genommen wären. Ertheilt und ausgeführt ist das Zahlungsmandat auf Grund der zwischen den beiden Regierungen abgeschlossenen Convention vom 2. December 1826. Die an den Beklagten auftragsmäßig zu entrichtenden Beträge sollten auf die Steuervergütung angerechnet werden, welche Preußen laut Art. 5 und 9 des Staatsvertrages an Mecklenburg zu zahlen hatte. Von dem zwischen der Mecklenburgischen Regierung und dem Beklagten bestehenden Rechtsverhältnisse, welches das Motiv zu dem Zahlungsauftrage bildete, blieb Preußen völlig unberührt; es zahlte nicht an den Beklagten für Mecklenburg, um eine Schuld dieses Staates an jenen abzutragen, es zahlte vielmehr durch den Beklagten an Mecklenburg, um seine eigene gegen diesen Staat ihm obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, leistete mithin indebite von dem Zeitpunkte an, in welchem der erwähnte Staatsvertrag erlosch. Die hierauf unter der Voraussetzung eines entschuldbaren Irrthums zu gründende condictio indebiti würde daher nicht gegen den Beklagten, sondern gegen die Mecklenburgische Regierung als die eigentliche Zahlungsempfängerin zu richten sein, wenn der Kreis der entscheidenden Thatsachen mit den bisher erwogenen abgeschlossen wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall, es ist vielmehr auch noch zu berücksichtigen, in welchem Sinne der Beklagte das Geld angenommen hat und anzunehmen berechtigt gewesen ist. Er hatte dafür nicht etwa ein einfaches zur Restitution des Empfangenen verpflichtendes Eincassirungsmandat, er war angewiesen, das Geld zu behalten als Deckung für diejenige Forderung gleichen Betrages, welche ihm aus der Vereinbarung vom 9. December 1826 gegen die Mecklenburgische Regierung zustand. Von seinem Standpunkte aus war es mithin so anzusehen, als ob er das Geld von dieser seiner Schuldnerin und zwar zahlungshalber erhielt. Wenn Preußen nach dem Erlöschen des Staatsver-

Digitized by Google

trages weiter zahlte, so empfing doch der Beklagte nur, was er von Mecklenburg zu fordern hatte, wenn und so lange die Vereinbarung vom 9. December noch rechtlich wirksam blieb.

3) In den Entscheidungsgründen zum vorigen Erkenntnisse ist bereits ausgeführt, daß der Kläger die libellirten Zahlungen, auch wenn dieselben von Preußen indebite geleistet sind, vom Beklagten nicht zurückzufordern hat, wenn und soweit dieser dadurch nur erhielt, was ihm zukam. Es ist aber daneben ausgesprochen, daß die condictio indebiti begründet sei rücksichtlich der aus entschuldbarem Irrthum indebite entrichteten Beträge, auf welche der Beklagte aus der Vereinbarung vom 9. December kein Recht mehr hatte, welche er also indebite empfing. Während er nun dieserhalb von seiner vermeintlichen Schuldnerin, also von der Mecklenburgischen Regierung, besprochen werden könnte, die dann ihrerseits das Zurückempfangene an Preußen zu restituiren hätte, entnimmt das jetzt angefochtene Erkenntniß aus L. 2 § 4 D. de donat. (39, 5) und L. 7 § 1 D. de doli except. (44, 4) den Rechtssatz, daß es in einem Falle der vorliegenden Art gestattet sei, zur Vermeidung eines unnöthigen Umweges die Restitutionsfrage unmittelbar zwischen dem Geber und Nehmer des Geldes mit Uebergehung der zwischen beiden stehenden Mittelsperson zum Austrage zu bringen. Diesen Satz hält nun die zu Rath gezogene Juristenfacultät in dem Umfange, in welchem derselbe hier geltend gemacht ist, nicht für richtig und beanstandet dessen Anwendung auf den gegenwärtigen Rechtsstreit deshalb, weil sie eine in den angezogenen Pandektenstellen hervorgehobene thatsächliche Voraussetzung vermißt, welche sie als unerläßlich ansieht, während dieselbe bei Abfassung des vorigen Urtheils keineswegs unerwogen geblieben, sondern als unerheblich übergangen ist. In dem von Julian L. 2 § 4 cit. entschiedenen Rechtsfalle hatte nämlich A. auf Geheiß des B., für dessen Schuldner er sich hielt, dem vermeintlichen Gläubiger desselben C. sich durch Expromission zur Zahlung verpflichtet. Beruhte dieser novirende Vertrag auf der irrigen

Digitized by Google

Annahme, daß der Delegat A. dem Deleganten B. und dieser wiederum dem Delegatar C. die fragliche Summe schuldig gewesen sei, so wird dem A. gegen die an sich zweifellos begründete Stipulationsklage des C. eine doli exceptio gegeben, ja er braucht die Klage gar nicht abzuwarten, sondern kann seinerseits mittels einer incerti condictio verlangen, daß C. ihn von der indebite übernommenen Schuld durch Acceptilation entbinde. Hat er bereits gezahlt, so muß ihm dann auch die condictio indebiti auf Erstattung zustehen. Julian sagt das zwar nicht ausdrücklich, allein das Princip: qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest

L. 40 pr. D. de cond. indeb. (12, 6)

führt zu dieser Consequenz, deren Unabweislichkeit auch die Juristenfacultät anerkennt. Die obwaltende Controverse beschränkt sich demnach auf die Frage, ob der Zahlung des A. (hier der vom Kläger vertretenen Preußischen Regirung) an C. (hier den Beklagten) eine expromittirende Schuldübernahme voraufgegangen sein muß, wenn Julian's Ausspruch zutreffen soll. Ulpian eignet sich denselben an L. 7 § 1 cit. mit dem Bemerken: et habet haec sententia Juliani humanitatem, also aus Billigkeitsgründen, die offenbar in ganz gleichem Maße auch dann vorhanden sind, wenn A. auf Geheiß des B. (hier der Mecklenburgischen Regierung) an C. gezahlt hat, ohne sich diesem vorher dazu verpflichtet zu haben. In beiden Fällen, mag auf Grund einer vorgängigen Expromission, oder in Folge eines von B. ertheilten einfachen Auftrages gezahlt sein, wird mit der Klage des A. gegen den C. auch das den Kläger persönlich nicht berührende Schuldverhältniß des Beklagten zu B. in den Streit gezogen, und dies ist in beiden Fällen gegen die Regel des strengen Rechts, aber in dem einen nicht bedenklicher, als in dem andern. Der maßgebende Billigkeitsgrund wird in allgemeiner Fassung und ganz unabhängig von der Voraussetzung einer stattgehabten Delegation in L. 53 D. de cond. ind. (12, 6) so formulirt: tam benignius, quam utilius est, recta via ipsum,

Digitized by Google

qui nummos dedit, suum recipere. Es findet hier eben der allgemeine Gesichtspunkt, auf welchem die condictio sine causa beruht,

L. 1 § 3 D. h. t. (12, 7)

eine concrete Anwendung.

4) Die Rechtfertigungsschrift des Imploranten richtet sich mit Uebergehung des bisher besprochenen Streitpunktes hauptsächlich gegen den 3. Entscheidungsgrund des angefochtenen Erkenntnisses. Es wird in Abrede gestellt, daß die Vereinbarung vom 9. December 1826 durch die am 19. September 1868 erfolgte Vereinigung des ganzen Landes Mecklenburg mit dem Zoll- und Handelsgebiete des Norddeutschen Bundes außer Wirksamkeit gesetzt sei, obwohl seitdem kein Grund mehr vorlag, den Imploranten dafür zu entschädigen, daß sein Besitzvorgänger sich rücksichtlich der Netzebander Güter dem Staatsvertrage vom 2. December 1826 freiwillig unterworfen hatte. Daß der Mecklenburgischen Regierung durch dieses von ihr dem Imploranten gegenüber nicht zu vertretende politische Ereigniß die fernere Erfüllung der vertragsmäßig übernommenen Leistung keineswegs objectiv unmöglich gemacht ist, unterliegt freilich ebenso wenig einem Zweifel, als daß ein auf unbestimmte Dauer eingegangenes obligatorisches Verhältniß ohne Kündigung nicht schon deshalb aufhört, weil das bei seiner Eingehung ausschließlich maßgebend gewesene Motiv beider Contrahenten weggefallen ist. Damit verhält es sich jedoch anders, wenn, wie hier, jenes Motiv nach der klar vorliegenden Intention der Contrahenten zugleich die Bedeutung einer wesentlichen Voraussetzung der Vertragsdauer hat, sich mithin als eine stillschweigend hinzugefügte Resolutivbedingung darstellt. Nichts ist gewisser, als daß die Besitzer von Netzeband die vereinbarte Quote der von Preußen zu entrichtenden Steuervergütung nur haben sollten, weil und *solange* sie ihrerseits die durch den Staatsvertrag ihnen aufgebürdeten Preußischen Steuern ohne staatsrechtliche Verbindlichkeit zu tragen hatten. Diese Voraussetzung hat aufgehört seit dem 19. September 1868, denn seitdem steuert der Imploranti

Digitized by Google

ebenso wie alle übrigen Mitglieder der Ritterschaft in Folge eines neuen Staatsvertrages, welcher sich auf ein verfassungsmäßig zu Stande gekommenes, auch ihn bindendes und die Landesregierung zu fernerer Schadloshaltung nicht verpflichtendes Landesgesetz gründet. Auf den ihm zugewiesenen Antheil an der von Preußen entrichteten Steuervergütung hat er seitdem entschieden keinen Anspruch, und wenn er durch die unzeitig erfolgte Lösung der darüber getroffenen Vereinbarung anderweitig in Nachtheil geräth, weil er sich seinerseits in Erwartung eines längeren Fortbestandes derselben seinen Pächtern und Hintersassen auf bestimmte längere Zeit bindend verpflichtet hat, so ist ihm die Mecklenburgische Regierung dafür nicht verantwortlich. Die politischen Ereignisse, welche zur Stiftung des Norddeutschen Bundes und damit zur Aufnahme Mecklenburgs in das einheitliche Zoll- und Handelsgebiet geführt haben, waren zwar beim Abschlusse der Vereinbarung vom 9. December 1826 unabsehbar, fallen aber für beide Contrahenten in das Bereich eines durch vis major veranlaßten, jede Ersatzverbindlichkeit ausschließenden casus.

5) Eventuell bestreitet der Implorant auch noch, daß die von ihm indebite in Empfang genommenen Beträge, zu deren Restitution er verurtheilt ist, von Preußen aus entschuldbarem Irrthum indebite entrichtet seien. Er bemerkt richtig, daß es hier nicht auf eine vorhanden gewesene Unkenntniß der zahlenden Behörden, also des Hauptsteueramtes zu Wittenberge und der Regierung zu Potsdam ankomme, da diese nur einen auf unbestimmte Zeit ihnen ertheilten Zahlungsauftrag ausführten, dessen Motive sie nicht zu prüfen hatten. Daß sie auch nach dem Erlöschen der entsprechenden Verbindlichkeit weiter zahlten, geschah, wie der Kläger selbst zugiebt, lediglich deshalb, weil das Finanzministerium, dem die entscheidenden Thatsachen und Rechtsverhältnisse allerdings amtlich bekannt waren, versäumt hatte, den Auftrag rechtzeitig zurückzunehmen. Daraus will der Implorant nun folgern, daß eine wesentliche Voraussetzung der condictio indebiti fehle, indem hier überall kein Irrthum obgewaltet, der Kläger es

Digitized by Google

vielmehr nur eigener Nachläſſigkeit zuzuſchreiben habe, daß weiter gezahlt ſei. Das vorige Urtheil beruht dagegen auf der nach Lage der Sache ganz unbedenklichen Annahme, daß der Kläger den Widerruf des Zahlungsauftrages aus keinem anderen Grunde verzögert hat, als deshalb, weil er ſich im rechten Augenblicke nicht vergegenwärtigt hatte, daß die fernere Ausrichtung ohne Verbindlichkeit geſchehe. Er kannte zwar die Ereigniſſe, welche den Widerruf nöthig machten, dachte aber nicht daran, und befand ſich daher ganz in derſelben Lage, wie wenn er davon niemals Kenntniß erhalten hätte. Demnach konnte es ſich nur fragen, ob das dem Kläger zur Laſt fallende, einer facti ignorantia gleichſtehende Verſehen in dem Grade unentſchuldbar ſei, daß daſſelbe als summa negligentia bezeichnet, und der Kläger ſo behandelt werden durfte, als habe er gleichſam wider beſſeres Wiſſen die indebiti solutio geſchehen laſſen. Daß dieſe Frage aber zu verneinen ſei, iſt bereits in den Entſcheidungsgründen zu dem vorigen Urtheile dargelegt worden, deren bezügliche Ausführungen auch nach wiederholter Prüfung den obwaltenden thatſächlichen Umſtänden und dem geltenden Rechte entſprechend befunden ſind.

---

22. Verjährter Wechſel. Anſpruch aus dem der Ausſtellung zu Grunde liegenden Rechtsgeſchäfte, bezw. aus § 83 der Wechſelordnung.

We. 856/1879.

Die unverehelichte B. klagte gegen den Bauern W. auf Zahlung von 1000 Thlr. Sie legte drei vom Beklagten ihr ausgeſtellte eigne Wechſel in Beträgen zu 200, 400 und 400 Thlr. vor, welche an verſchiedenen Tagen fällig geweſen, aber zur Zeit der Klagerhebung bereits verjährt waren. Dieſe Wechſel ſollten wegen der darin enthaltenen Clauſel „Valuta empfangen“

Digitized by Google

als einfache Schuldscheine verwerthet werden und die Angabe des Schuldgrundes unnöthig machen. Die so begründete Klage wurde indessen durch den im 8. Bande dieser Sammlung Nr. 47 abgedruckten Querelbescheid rechtskräftig zurückgewiesen. Nunmehr trat die Klägerin mit der Behauptung hervor, sie sei vom Beklagten zur Unzucht verführt und in Folge dessen schwanger geworden. Der Beklagte, ein verheiratheter Mann, habe dringend gewünscht, daß der begangene Ehebruch unentdeckt bleibe und deshalb mit ihr mündlich vereinbart, daß sie eine Abfindung von 1000 Thlr. haben sollte. Aus Anlaß dieses Abkommens seien die drei Wechsel ausgestellt. Der Beklagte bestritt diese Klagbehauptung und suchte überdies darzulegen, daß der Anspruch dadurch nicht begründet werde, während die Klägerin im Laufe der Verhandlung die Ansicht vertrat, daß ihre Forderung nach § 83 der W. O. begründet und liquide sei.

Durch Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 28. Juni 1875 wurde ihr der Beweis auferlegt, daß der Beklagte ihr im April 1863 versprochen habe, zur Abfindung der ihr aus geschehener Schwängerung angeblich gegen ihn zustehenden Ansprüche für Wochenbetts- ꝛc. Kosten und pro defloratione die Summa von 1000 Thlr. zu zahlen.

Gründe:

1) Die Klägerin hat den von ihr erhobenen Anspruch auf Zahlung von 1000 Thlr. in mehrfacher Weise zu begründen versucht. Nachdem sie Anfangs den verjährten drei Wechseln wegen des in ihnen enthaltenen Bekenntnisses des Empfanges der Valuta die Eigenschaft von einfachen Schuldscheinen vindicirt und die Verpflichtung des Beklagten aus dem an dies Bekenntniß geknüpften Zahlungsversprechen abgeleitet hatte, ist sie mit dieser Auffassung rechtskräftig zurückgewiesen und ist ihr durch den hiesigen Querelbescheid vom 2. Mai 1872 eröffnet, daß, wenn sie ihre Forderung aus einem Schuldverhältnisse zwischen ihr und dem Beklagten herleiten wolle, welches zur Ausstellung der Wechsel geführt habe, sie dasselbe näher anzugeben, eventualiter aus demselben die Voraussetzungen der im Art. 83 der Deutschen Wechsel-Ordnung

Digitized by Google

gegebenen Bereicherungsklage darzulegen habe. In der sogenannten vervollständigten Klage hat sodann die Klägerin das in der ersten Klage gestellte Gesuch auf dasjenige Rechtsverhältniß zu stützen gesucht, welches die Veranlassung und der Grund der Wechselausstellung gewesen ist, indem sie anführt, daß Beklagter durch einen mit ihrem Bruder abgeschlossenen und von ihr demnächst acceptirten Vertrag sich verpflichtet habe, ihr, welche von ihm geschwängert worden, zwecks Abfindung ihrer Ansprüche aus dem abzuhaltenden Wochenbett und pro defloratione die Summe von 1000 Thlr. zu zahlen, und weiter sich darauf beruft, daß wenn auch die Wechsel verjährt seien, doch denselben eine Vereinbarung über ihren gesetzlichen Anspruch zu Grunde liege, welcher durch ein wechselmäßiges hypothekarisches Versprechen verstärkt sei, und den Beklagten zu der versprochenen Leistung verpflichte. Auf den Gesichtspunkt, daß Beklagter, wenn er in Folge der Verjährung von seiner wechselmäßigen Verbindlichkeit befreiet werde, in Maßgabe des unterliegenden Verhältnisses sich zum Schaden der Klägerin bereichern würde, ist in der Klage kein Bezug genommen, die Bereicherungsklage aus dem citirten Art. 83 also nicht ausdrücklich angestellt, vielmehr kommt die Klägerin erst in der Replik hierauf und stellt sich noch entschiedener auf diesen Standpunkt in den Rechtfertigungsschriften der beiden Appellationsinstanzen, in welchen sie sogar davon ausgeht, daß sie lediglich die Bereicherungsklage erhoben, freilich doch hier wesentlich auch daran anknüpfend, daß ein civilrechtliches durch Vereinbarung fixirtes Schuldverhältniß vorliege, welches trotz der Verjährung der Wechsel für den Beklagten verbindend geblieben sei. Muß deshalb die Frage, ob letzteres der Fall sei, den wesentlichen und hauptsächlichen Gegenstand für die Erörterung des Rechtsstreites bilden, so folgt daraus, daß die Entscheidung in jetziger Instanz von hier aus zu erlassen ist und dem Antrage der Klägerin, die Acten an das Reichsoberhandelsgericht deshalb einzusenden, weil sie in den späteren Verhandlungen die Klage durch eine stattgehabte Bereicherung des Beklagten begründet wissen will, nicht nachzugeben war. Aus

Digitized by Google

diesem Grunde ist denn auch die Verhandlung über die von beiden Theilen gegen die vorige Sentenz ergriffenen Rechtsmittel eingeleitet worden.

2) Die so eben gedachten Versuche der Klägerin, nachträglich ihren Antrag auf eine stattgehabte Bereicherung des Beklagten zu stützen und auf Grund des Art. 83 der Wechselordnung deshalb, weil Beklagter seine Unterschrift unter den Wechseln als echt anerkannt habe, als liquide darzustellen, sind als mißlungen zu bezeichnen. Das der Wechselbegebung unterliegende Verhältniß kann allerdings dazu benutzt werden, um eine Bereicherungsklage aus Art. 83 cit. zu begründen, letztere ist aber nicht zu identificiren mit einer neben der Wechselbegebung von Bestand gebliebenen Klage aus dem unterliegenden Verhältnisse, sie ist eine nach der positiven Bestimmung des Art. 83 ungeachtet der eingetretenen Verjährung dem Wechselinhaber verbleibende Klage aus dem Wechsel, welche gegen den Aussteller und Acceptanten den wechselmäßigen Anspruch insoweit, aber auch nur insoweit aufrecht hält, als diese Personen durch die vermöge der Verjährung erfolgende Befreiung von der Wechselverbindlichkeit zum Nachtheile des Inhabers bereichert sein würden. Solches ist besonders darzulegen, und diesem Zwecke kann das Valutenverhältniß dienen, keineswegs ist es, wie Klägerin anzunehmen scheint, schon dadurch gegeben, daß der Aussteller durch die Verjährung von der Wechselverbindlichkeit befreit worden ist. Die Klage aus dem Wechsel bleibt nicht etwa auf den in demselben ausgedrückten Betrag deshalb erhalten, weil der Wechsel verjährte, sie bleibt vielmehr trotz der Verjährung auf die Summe von Bestand, um welche sich der Aussteller durch seine Befreiung bereichern würde. Nach den Angaben der Klägerin hat der Beklagte für die Ausstellung und Hingabe der Wechsel eine baare Valuta oder eine sonstige positive Vermehrung seines Vermögens nicht erhalten, dieselben wurden von ihm gegeben, um eine Verbindlichkeit gegen die Klägerin zu erfüllen, seine Bereicherung wäre also darin zu suchen, daß er nach dem Erlöschen der Wechsel zum Nachtheil der Nehmerin

Digitized by Google

von dieser Schuld befreit worden ist, und die Klage aus der Bereicherung würde auf den Betrag gehen, welchen die also getilgte Schuld darstellt. Wird also im vorliegenden Falle auf die Summe von 1000 Thlr. libellirt, so wird die Voraussetzung dieses Anspruchs sein, daß vor der Wechselbegebung der Klägerin aus ihrer Schwängerung eine Forderung gegen den Beklagten auf diese Summe zustand. Offenbar kann in diesem Betreff auf den gesetzlichen Anspruch der stuprata gegen den Schwängerer nicht zurückgegangen werden, da keine Momente dafür angegeben sind, durch welche sich die Höhe der geforderten Summe aus diesem Grunde rechtfertigen könnte, und Klägerin selbst mehrfach erklärt hat, auf diesen Anspruch für ihre Klage nicht zurückkommen zu wollen. Was aber die vorhergegangene, auf einen mündlichen Vertrag begründete Verpflichtung des Beklagten anlangt, so ist, wenn dieselbe ungeachtet der Ertheilung der Wechsel Bestand behalten hat, Beklagter durch die Wechselverjährung von jener seiner Verbindlichkeit nicht befreit worden.

3) Nach den detaillirten Angaben der Replik ist die Vereinbarung, durch welche Beklagter sich zur Zahlung der 1000 Thlr. verpflichtet haben soll, zunächst mündlich zwischen diesem und dem Bruder der Klägerin in deren Vertretung getroffen und sind dann später die Wechsel ausgestellt. Der Geltendmachung einer Forderung aus diesem Vertrage würde der Hinzutritt der Wechselform nicht entgegenstehen, wenn letztere nur dazu bestimmt war, eine vom Beklagten übernommene Verbindlichkeit noch mehr zu verstärken, wogegen, wenn dieselbe durch die nun creirten Wechselforderungen novirt und absorbirt wäre, auf sie nicht mehr zurückgegangen werden könnte. An sich liegen nun die Umstände des gegenwärtigen Falles so, daß, falls nicht besondere Momente, welche auf das Gegentheil hinweisen, hinzutreten, angenommen werden muß, es hätte der Beklagte und der Bruder der Klägerin, einfache Landleute, nicht beabsichtigt, unter Beiseitesetzung des bereits früher getroffenen Abkommens und der dadurch begründeten Rechte und Pflichten, ein lediglich formales, auf einem ab-

Digitized by Google

stracten Wechselversprechen begründetes Rechtsverhältniß zu schaffen, vielmehr intendirt, unter Aufrechthaltung der bereits gewonnenen Resultate, diesen noch eine besondere Sicherung zu verleihen. Hiegegen könnte allerdings die Art und Weise, wie Klägerin den fraglichen Vorgang charakterisirt, Zweifel erregen. Dieselbe sagt an mehreren Stellen der Klage und der Replik, „das durch Wechselstrenge verstärkte hypothekarische Versprechen einer vereinbarten Summe habe in den Handschriften (i. e. Wechseln) seinen Ausdruck gefunden," „in der Hingabe der Wechsel habe die vertragsmäßige Feststellung des Anspruchs gelegen," „die vertragsmäßige Feststellung finde ihren Abschluß und Ausdruck in den Wechseln," „die bisherige Unbestrittenheit und Unbestimmtheit des gesetzlichen Anspruchs (ex stupro) sei gegen das Zahlungsversprechen in den Wechseln aufgegeben," lauter Ausdrücke, welche dahin zielen, daß nach der Natur der später hinzutretenden Wechselausstellung diese allein und ohne Rücksicht auf die vorhergegangene mündliche Beredung die Norm für den der Klägerin zustehenden Anspruch habe bilden sollen. Allein alle diese Worte sind nur halt- und grundlose Rechtsdeductionen und Ausführungen, welche deshalb gemacht werden, um zu begründen, daß die Wechsel allein den Klaganspruch liquide stellen. Sie sagen nicht das, was von den Parteien beabsichtigt und zwischen denselben vereinbart sei, sondern wollen nur aus dem Acte der Wechselausstellung Folgerungen ziehen. Im Grunde enthalten sie nur den Hinweis darauf, daß die vereinbarte Summe mit den Zahlungsterminen in den Wechseln ausgedrückt sei, die Intention geht dahin, darzulegen, daß die Wechsel und die vorherige Vereinbarung in Beziehung zu einander stehen und erstere zum Beweise der letzteren wenigstens rücksichtlich der Summe dienen. Sonst ist stets bestimmt darauf zurückgegangen, daß die Vereinbarung durch Ertheilung der Wechsel keine Abschwächung erfahren habe, und jene auch für die Bereicherungsklage stets als der Grund des Anspruchs festgehalten. — Ferner steht nicht entgegen, daß nach der vom Beklagten zugestandenen Behauptung der Klä-

Digitized by Google

gerin bei der mündlichen Vereinbarung beredet worden sei, es solle ein schriftliches Versprechen gegeben und die von ersterem zu vollziehende Schrift durch einen Notar aufgesetzt werden. Darin kann die Verabredung, daß über ein mündlich getroffenes Abkommen ein schriftlicher Contract vollzogen werden solle, welche in Gemäßheit der Verordnung vom 1. Juni 1847 den Schwerpunkt und die Giltigkeit des Vertrages lediglich in diese Schrift verlegt, nicht gefunden werden. Das ergiebt sich schon aus dem Verhalten des Bruders der Klägerin bei dieser Gelegenheit, welcher keineswegs eine, die beiderseitigen Rechte und Pflichten feststellende Vertragsurkunde aufsetzen, sondern schriftliche Zahlungsversprechen des Beklagten anfertigen ließ, aus welchen der Schuldgrund gar nicht hervorging. Sodann sollte nach der bestehenden Intention diese ganze Angelegenheit geheim bleiben, und damit würde es schlechthin unvereinbar gewesen sein, wenn die mündliche Abrede selbst in einem schriftlichen Contract gefaßt worden wäre. Die Wechsel sollten vielmehr nur die durch die angebliche Vereinbarung vom Beklagten übernommene Zahlungspflicht ohne Angabe des Grundes in Form von Wechseln fixiren, damit die Klägerin dadurch den Beweis ihrer Forderung und zugleich ein Mittel erhalte, letztere ohne Angabe des Schuldgrundes geltend zu machen.

---

23. Verpflichtung zur Erstattung des Wildschadens.

I. Se. $1859/_{1875}$.

Der Magistrat der Stadt S. klagte gegen den zur Aufnahme dieses Rechtsstreites bestellten Kammerprocurator auf Ersatz des zu 3543,33 *M.* berechneten Schadens, welchen das in einer städtischen Waldung sich aufhaltende Roth- und Dammwild durch Zerstörung junger Tannenpflanzungen verursacht haben sollte. Die hohe Jagd in diesem Reviere steht nämlich der Lan-

Digitized by Google

desherrschaft zu. Der Kläger behauptete, daß ein übermäßiger Hochwildstand gehalten worden, und führte eine ganze Reihe specieller Thatsachen an, aus denen seiner Meinung nach evident hervorging, daß jene Voraussetzung seines Anspruchs gegeben sei. Der Beklagte bestritt die Uebermäßigkeit des Wildstandes und sprach den dafür vom Kläger angeführten Thatsachen, deren Richtigkeit er überdieß bestritt, die Schlüssigkeit ab. Der erste Richter lehnte es ab, über die Relevanz des klägerischen Vorbringens zu entscheiden und legte dem Kläger generell den Beweis auf, daß der Hochwildstand während des Zeitraums, in welchem die Beschädigungen eingetreten sein sollten, ein übermäßiger gewesen.

Das auf Appellation des Klägers am 26. Februar 1876 erlassene Urtheil bestätigte diese Beweisauflage aus folgenden

Gründen:

1) Es fragt sich, ob die Voraussetzungen gegeben sind, unter welchen der zur Jagd auf fremdem Grund und Boden ausschließlich Berechtigte den Wildschaden zu erstatten hat. Die für die Beantwortung dieser Frage maßgebenden Gesichtspunkte sind bereits aus Anlaß eines andern Rechtsstreits in den gedruckten hiesigen Entscheidungen, Bd. VI. pag. 119 ff. ausführlich erörtert worden, und es kann zur Vermeidung unnöthiger Wiederholungen auf das dort Gesagte um so unbedenklicher verwiesen werden, als die in jenem Falle zur Anwendung gebrachten, auch nach erneuter Erwägung dem geltenden Rechte entsprechend befundenen Principien von beiden jetzt streitenden Parteien anerkannt werden und dem vom Kläger angefochtenen Erkenntnisse zu Grunde liegen.

2) Demnach verkennt der Appellant keineswegs, daß der libellirte Anspruch sich nicht auf die einfache Behauptung gründen läßt, der angegebene und, soweit bestritten, erweislich zu machende Schade sei durch jagdbare Thiere verursacht worden, daß vielmehr eine Ersatzpflicht des Jagdberechtigten nur besteht, wenn und soweit derselbe den angerichteten Schaden durch Hegung eines übermäßigen Wildstandes verschuldet hat. Der Appellant ist deshalb durchaus damit einverstanden, daß

Digitized by Google

es für die Klagbegründung wesentlich, mithin seine Aufgabe sei, die Uebermäßigkeit des Wildstandes während des seit 1859 bis zur Klagerhebung verflossenen fünfzehnjährigen Zeitraums, in welchem die durch Wildfraß bewirkte Beschädigung, bezw. Zerstörung seiner jungen Holzbestände stattgefunden haben soll, darzulegen; er hält aber dafür, daß diese allerdings bestrittene Voraussetzung seines Anspruchs nicht so, wie im angefochtenen Urtheile geschehen ist, zum Gegenstande einer Beweisauflage gemacht werden dürfe. Er fordert eine concrete Fassung des Beweissatzes durch Hervorhebung derjenigen in der Klage und Replik angeführten thatsächlichen Prämissen, welche den Schluß rechtfertigen, daß der Wildstand ein übermäßiger gewesen, wenn nicht etwa gar die richterliche Prüfung der Parteiverhandlungen ergeben sollte, daß die behaupteten Thatsachen, soweit dieselben zugestanden oder nicht speciell in Abrede genommen sind, schon ausreichend seien, diesen Theil des Klagfundaments liquide zu stellen. Allerdings hat Appellant ein beträchtliches factisches Material zusammengetragen, allein die Frage, ob und inwieweit die vorgebrachten Thatsachen für das, was daraus gefolgert werden soll, von Erheblichkeit sind, entzieht sich der richterlichen Beurtheilung, kann vielmehr nur von jagdkundigen und forstwissenschaftlich gebildeten Personen beantwortet werden. Es ergiebt sich dies aus folgender Betrachtung.

3) Der Grundbesitzer, welcher zu jagen nicht befugt ist, kann sich des eindringenden Wildes nur dadurch erwehren, daß er dasselbe mit den ihm erlaubten Mitteln verscheucht oder durch schützende Einfriedigungen zurückhält; er ist damit auf Veranstaltungen beschränkt, welche oft in genügender Weise kaum ausführbar sind und in der Regel unverhältnißmäßige Kosten verursachen. Das wirksamste Mittel, die auf seinem Grundstücke umherschweifenden herrenlosen Thiere durch Einfangen oder Erlegen unschädlich zu machen, ist ihm wenigstens innerhalb des Waldes, wo das Wild seinen berechtigten Aufenthalt hat, entzogen, da die Occupationsbefugniß dem Jagdberechtigten ausschließlich zusteht. Diese Befugniß muß

Digitized by Google

nun, wie jedes dingliche Recht an fremder Sache „pfleglich," d. h. mit möglichster Schonung der berechtigten Interessen des Eigenthümers geübt werden. Diese Interessen, welche sonst meist die Ausübung des dinglichen Rechts auf ein gewisses Maß einschränken, sind hier grade umgekehrt um so besser gewahrt, je fleißiger gejagt wird und je größer die Ausbeute ist. Dem gegenüber stehen die ebenso zu berücksichtigenden Interessen des Jagdberechtigten, welche sich darauf gründen, daß er ein nutzbares Recht hat, welches seiner Bedeutung nach einen dauernden Ertrag liefern soll. Er kann daher nicht verpflichtet sein, von seiner Befugniß mit Hintansetzung aller waidmännischen Regeln einen so ausgedehnten Gebrauch zu machen, daß er auf eine gänzliche Ausrottung des Wildes, oder dessen Vertreibung aus dem Reviere sein Absehen richten müßte, er thut genug, wenn er durch regelrechten Abschuß dafür sorgt, daß der Wildstand kein übermäßiger werde, während er zur Haltung eines mäßigen Wildstandes befugt ist, und der von den herrenlosen Thieren gleichwohl angerichtete Schade als ein durch ihn nicht verschuldeter, zufällig entstandener von dem Grundbesitzer getragen werden muß. Es ist eben eine unvermeidliche Folge des Bestehens von Jagdrechten an fremdem Grund und Boden, daß der Eigenthümer des damit belasteten Grundstücks einen der Größe und Bodenbeschaffenheit des Reviers entsprechenden Wildstand, welcher eine nachhaltige Ausübung der Jagd sichert, zu dulden und die damit verbundenen Nachtheile, soweit er dieselben mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln nicht abwenden kann, auf sich zu nehmen hat.

4) Die Anwendung der vorstehend erörterten, der gemeinrechtlichen Lehre vom Schadensersatze entnommenen und in der einheimischen Rechtsprechung bereits feststehenden Sätze auf einen gegebenen Streitfall kann zu völlig exacten Ergebnissen nicht führen, macht vielmehr eine arbiträre Schätzung nöthig, welche nur von sachverständigen, mit der erforderlichen Fachkenntniß und Erfahrung ausgerüsteten Personen vorgenommen werden kann. Zweifellos wird dabei von maß-

Digitized by Google

gebender Bedeutung sein die räumliche Ausdehnung der zusammenhangenden Waldungen, welche ein einheitliches Jagdgebiet darstellen, ferner die Art und Menge der Nährpflanzen, welche der Waldboden außer dem jungen Holzwuchse dem Wilde darbietet, und daneben wird in Erwägung kommen, ob die örtliche Lage des Reviers eine Vermehrung des Standwildes durch Streif- und Wechselwild aus anderen Revieren bedingt. Die hienach in erster Linie sich aufdrängenden Fragen gehören für den Richter in das Bereich der Thatfragen, deren Beantwortung er im Wege civilprocessualischer Beweiserhebung herbeizuführen hat. Der Beweissatz wird in solchen Fällen, in welchen es auf das Urtheil von Sachverständigen ankommt, nicht in die dem Urtheile zu Grunde zu legenden thatsächlichen Prämissen aufgelöst, sondern direct auf das zu ermittelnde Resultat gestellt, und die dem Interlocute beigegebenen Entscheidungsgründe, obwohl dieselben in der Regel der Rechtskraft nicht fähig sind, bestimmen den Sinn, die Richtung und Tragweite der Beweisauflage. Erst wenn feststeht, wie viel Roth- und Dammwild in dem fraglichen Reviere sich aufhalten darf ohne Ueberschreitung des zulässigen Maßes, können die unter den Parteien streitig gebliebenen Fragen, wie groß in Wirklichkeit der dortige Wildstand ist und ob ein Zuzug aus anderen Revieren stattfindet, bedeutend werden; es bleibt möglich, daß die betreffenden Angaben des Klägers eine Beweisfreilassung nicht rechtfertigen, weil vielleicht selbst dann, wenn dieselben richtig sein sollten, der Wildstand noch nicht als ein übermäßiger mit Fug bezeichnet werden kann.

5) Im Uebrigen ist, abgesehen davon, daß Thatsachen und Vorkommenheiten, welche nur als Indicien eines übermäßigen Wildstandes erscheinen können, sich zu einer bezüglichen Beweisauflage gar nicht eignen, die Relevanz der vom Appellanten behaupteten Thatsachen vollends problematisch; sie können deshalb eine vorgängige Expertise nicht entbehrlich machen, und, wenigstens für jetzt, zu einer concreteren Beweisfassung nicht führen, sind vielmehr nur für die Instruction

Digitized by Google

der Sachverständigen verwendbar und mögen, wenn und soweit sie für erheblich befunden werden sollten und streitig geblieben sind, zu nachträglichen Beweiserhebungen Anlaß bieten. Einzelne von den klägerischen Angaben sind offenbar zu unbestimmt, um für die Beantwortung der zu entscheidenden Frage einen sichern Anhalt zu bieten. Dies gilt insbesondere von der Bemerkung, daß die Beschwerden städtischer Grundbesitzer über Wildschäden actenmäßig erst im Jahre 1844 beginnen, unmittelbar nach Abschluß des Pachtvertrages über die der Stadt zustehende niedere Jagd, und seitdem in steigender Progression häufiger geworden seien. Seitdem sollen sich denn auch in Folge übertriebener Schonung die Hirsche bedeutend vermehrt haben. Daraus allein folgt noch nicht, daß ihre Zahl jetzt bis zum Uebermaße angewachsen sei. Faßbarer ist schon die weitere, durch mehrmals angeblich vorgekommene Fälle illustrirte Behauptung, daß seit jener Zeit das Hochwild wiederholt in starken Rudeln auf die Felder ausgetreten sei und arge Verwüstungen angerichtet habe, weshalb mehrere Grundbesitzer bis in die nächste Umgebung der Stadt zur Herrichtung schützender Einfriedigungen sich bewogen gefunden haben. Dem gegenüber steht aber das erst noch zu widerlegende Bedenken, ob dies Austreten des Wildes einen Schluß auf dessen Uebermäßigkeit rechtfertige. Es ist möglich, daß dasselbe, auch wenn es in den heimischen Wäldern ausreichende Nahrung findet, doch die instinctive Gewohnheit habe, zu gewissen Jahreszeiten die ihm zugänglichen Aecker und Gärten anzugehen, daß schon ein mäßiges Rudel die angeblich beobachteten Verwüstungen in einer Nacht bewirken kann und daß solche Schädigungen, um deren Ersatz es sich hier nicht handelt, sich nicht schlechthin verhüten lassen, so lange es gestattet ist, Hochwild in ungeschlossenen Forsten zu halten. Ob und in welchem Maße das richtig ist, können nur Sachverständige beurtheilen. Wenn ferner der Kläger darauf hinweist, daß es in den fraglichen Waldungen an genügenden Tränken fehle, und das Wild genöthigt sei, Morgens und Abends in hellen Haufen weit über Feld an die

Digitized by Google

Seen zu ziehen, so werden Sachverständige den bei der Augenscheinseinnahme vorgefundenen Wassermangel bei Arbitrirung der Höhe des zulässigen Wildstandes nicht unerwogen lassen. Einen stärkeren Eindruck macht auf den Laien die nach Angabe des Klägers sofort in die Augen fallende Thatsache, daß alle in den letzten 15 Jahren neu angelegten Pflanzungen, obwohl sie seit 1869 mit Einfriedigungen versehen sind, in Folge des Wildbisses mißrathen sind und durchweg unbrauchbare verkrüppelte Gewächse enthalten, während die älteren ungeschützt herangewachsenen Bestände ein durchaus normales Ansehen haben. Das würde allerdings in hohem Grade auffallend sein, indessen befindet sich der Richter doch nicht in der Lage, dieser bestrittenen, wenigstens nicht in vollem Umfange zugestandenen Thatsache für sich allein entscheidende Bedeutung beizulegen, und von den Ergebnissen einer dieserhalb anzuordnenden Beweiserhebung das Endurtheil abhängig zu machen. Der Beklagte hat sich nämlich auf den nur durch Sachverständige zu constatirenden Erfahrungssatz berufen, daß in Forsten, welche Hochwild, wenn auch in ganz mäßiger Stückzahl, enthalten, junge Nadelhölzer nicht gedeihen können ohne völlig schützende Umzäunung, und daß die vom Kläger dieserhalb seit 1869 getroffenen Einrichtungen mangelhaft und zweckwidrig ausgeführt seien. Wenn die älteren Bäume trotz des Mangels sichernder Vorkehrungen unangefochten geblieben sind, so mögen Fachkundige vielleicht zu dem Schlusse kommen, daß früher ungewöhnlich wenig Hochwild vorhanden gewesen sein müsse. Was endlich die resümirende Bemerkung des Klägers betrifft, in ganz S. sei die Uebermäßigkeit des Wildstandes der Umgegend notorisch, so kann hier von einer den Beweis ersetzenden Notorität entschieden keine Rede sein. Der Kläger bezieht sich auf die öffentliche Meinung, auf eine allgemein verbreitete Ansicht, welche sich auf Beobachtungen stützt, deren Schlüssigkeit das Publicum ebensowenig wie der Richter beurtheilen kann.

Digitized by Google

II. Ae. 257/1875.

In der fast gleichzeitig mit vorstehend erörtertem Rechtsfalle entschiedenen Sache des Erbpächters A. zu S. gegen den Kammerprocurator wegen des durch austretendes Hochwild den Feldfrüchten zugefügten Schadens beschwerte sich der Beklagte über die generelle Fassung des dem Kläger wegen der Uebermäßigkeit des Wildstandes aufgegebenen Beweises und forderte die Auflösung des Beweissatzes in die thatsächlichen Voraussetzungen, welche die klagbegründende Behauptung, daß ein übermäßiger Wildstand gehalten werde, zu rechtfertigen geeignet seien.

Das Oberappellationsgericht verwarf die Beschwerde durch Bescheid vom 27. März 1876.

Denn eine Verbindlichkeit des Jagdberechtigten, den zur eigenen Jagdausübung unbefugten Grundbesitzern seines Reviers den Wildschaden zu ersetzen, läßt sich beim Mangel besonderer gesetzlicher Vorschriften nur aus den gemeinrechtlichen Grundsätzen über verschuldete Sachbeschädigung ableiten. Der von den herrenlos umherschweifenden wilden Thieren angerichtete Schade ist an und für sich als ein zufällig entstandener anzusehen, den der davon Betroffene tragen muß. Erwägt man indessen, daß demjenigen, welcher auf seinem eigenen Grundstücke nicht jagen darf, das nächstliegende und zugleich wirksamste Mittel der Selbsthülfe gegen eindringendes Wild versagt ist, erwägt man daneben, daß die ausschließliche Occupationsbefugniß des Jagdberechtigten ebenso wie jedes andere Realrecht an fremder Sache „pfleglich" d. h. mit möglichster Schonung der berechtigten Interessen des Eigenthümers geübt werden muß, so gelangt man zu dem in der einheimischen Praxis bereits feststehenden Ergebnisse, daß der Jagdberechtigte den Wildschaden zu ersetzen hat, welcher durch Haltung eines übermäßigen Wildstandes verursacht worden ist.

Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Bd. VI. Nr. 41, Seite 119 ff.

In den bisher zur oberstrichterlichen Cognition gekommenen Streitfällen war diese wesentliche Voraussetzung der Schadensklage immer in so allgemeiner Fassung, wie auch in dem

Digitized by Google

jetzt angefochtenen Erkenntnisse wiederum geschehen ist, dahin zum Beweise verstellt, daß zur Zeit der libellirten Schadenszufügung der Wildstand in dem betreffenden Reviere ein übermäßiger gewesen sei. Die Appellationsbeschwerde des Beklagten macht nun eine erneuete Prüfung der Frage nöthig, ob dieser Beweis concreter zu fassen und in die den Schluß auf die Uebermäßigkeit des Wildstandes rechtfertigenden streitigen Thatsachen aufzulösen, eventuell, ob nach Lage des gegenwärtigen Streits eine Vereinfachung der Beweisauflage im Interesse des Beklagten geboten sei. Beide Fragen sind zu verneinen. Uebermäßig ist nämlich im Sinne der hier maßgebenden Rechtsgrundsätze der Wildstand, wenn derselbe in Folge nachlässigen und ungenügenden Jagens stärker anwächst, als erforderlich ist, um der Jagd, welche als nutzbares Recht einen dauernden Ertrag liefern soll, eine nachhaltige, der Größe und Bodenbeschaffenheit des Jagdgebietes entsprechende Ausbeute zu sichern. Eine bestimmtere Definition kann der Richter nicht geben, er kann nur den Sinn und Inhalt des in Rede stehenden Beweissatzes feststellen, indem er erläuternd hervorhebt, daß mit dem Jagdrechte auf fremdem Grunde und Boden die Pflicht verbunden ist, die ausschließliche Occupationsbefugniß im Interesse des Grundeigenthümers ordnungsmäßig und regelrecht auszunutzen, daß aber der Jagdberechtigte wohl befugt ist, einen angemessenen Wildstand bestehen zu lassen und, wenn er demgemäß verfährt, den gleichwohl entstandenen Wildschaden nicht zu ersetzen hat. Für die Anwendung dieser Rechtssätze auf einen gegebenen Einzelfall bedarf der Richter die Hülfe Sachverständiger, welche die nöthige fachmännische Kenntniß und Erfahrung besitzen, um in richtiger Würdigung aller in Betracht zu ziehenden thatsächlichen Verhältnisse beurtheilen zu können, ob der vorhandene Wildstand das rechtlich zulässige Maß überschreite. Der Richter ist nicht einmal in der Lage, die factischen Prämissen, welche für das Urtheil Sachverständiger von entscheidender Bedeutung sein werden, im Voraus erschöpfend festzustellen und soweit darüber Streit besteht, zum Gegenstande vorgängiger specieller Beweiserhebung zu machen. Er kann nicht wissen, ob der Umfang des Schadens, welchen das in ungehegten

Digitized by Google

Forsten sich aufhaltende Hochwild den Früchten eines angrenzenden Feldes zugefügt hat, oder ob das häufige Vorkommen solcher Beschädigungen schon eine vom Jagdberechtigten zu vertretende Uebermäßigkeit beweist, da möglicher Weise die Erfahrung lehrt, daß das Wild, auch wenn es in den heimischen Wäldern völlig ausreichende Nahrung findet, doch auf die leicht zugänglichen Aecker auszutreten pflegt und daß dort oft ganz kleine Rudel in einer einzigen Nacht arge Verheerungen anrichten. Für den vorliegenden Fall kommt endlich auch noch der gleichfalls nur von Sachverständigen richtig zu würdigende Umstand in Erwägung, daß nach der Behauptung des Beklagten die hier in Rede stehenden landesherrlichen Forsten nur einen Theil zusammenhangender großer Waldungen bilden, welche meilenweit über die Landesgrenze hinaus sich erstrecken und in ihrer ganzen Ausdehnung mit Hochwild besetzt sind, daß es daher auch bei der sorgsamsten und nachdrücklichsten Jagdausübung unmöglich ist, den Wildstand innerhalb des landesherrlichen Jagdgebietes noch mehr als bisher sogar mit Hintansetzung waidmännischer Grundsätze und oft ohne Rücksicht auf die Schonzeit geschehen sein soll, einzuschränken. Diese Angaben des Beklagten, deren Erheblichkeit der Richter nicht beurtheilen kann, gehören in die den Sachverständigen zu ertheilende Instruction, bei deren Entwerfung und Feststellung die oben gegebene Definition der Uebermäßigkeit des nachweislich vorhandenen Wildstandes an Roth- und Reh-Wild zu Grunde zu legen ist. Diese Begriffsbestimmung ist, wie hier noch ausdrücklich declarirend bemerkt werden mag, für die Interpretation des vom Beklagten angefochtenen Beweissatzes von maßgebender Bedeutung, und die wider die generelle Beweisfassung gerichtete Beschwerde ist deshalb unbegründet, weil ein Wildstand, der auch durch ordnungsmäßige und regelrechte Jagdübung sich nicht weiter verringern läßt, ein übermäßiger im rechtlichen Sinne nicht ist. Das konnte dem Beklagten nach den dieserhalb in den gedruckten hiesigen Entscheidungen a. a. O. gegebenen Ausführungen kaum zweifelhaft sein, jedenfalls konnte er durch ein Declarationsgesuch sich darüber Gewißheit verschaffen. Erst wenn ein Erachten

Digitized by Google

Sachverständiger vorliegt, läßt sich übersehen, ob und welche Thatsachen annoch des Beweises bedürfen.

---

24. Operis novi nunciatio. Ku. 1494/1876.

Der zwischen den Grundstücken der Bürger K. und G. in W. befindliche schmale Raum (s. g. Tüsche) war bisher nur von dem Hofraume des K. zugänglich und diente zur Aufnahme des von dort abfließenden Wassers, gegen das Grundstück des G. aber durch die darauf stehenden Gebäude ganz abgeschlossen. G. brach nun einen Theil seines Hintergebäudes ab und öffnete sich dadurch die Tüsche, errichtete auch gleichzeitig eine Mauer, welche den bis dahin offen gewesenen gegnerischen Hofraum sperrte und den Wasserlauf hemmte, obwohl K. schon beim Beginne des Mauerbaues gegen dessen Fortsetzung bei dem damit beschäftigten Handwerker Einspruch erhoben hatte. Die deshalb von K. gegen G. wegen gestörten Wasserlaufs erhobene Klage wurde als interdictum demolitorium ex operis novi nunciatione aufgefaßt und führte dahin, daß Beklagter zum Abbruche der Mauer verurtheilt wurde. Er ließ das Urtheil unangefochten, befolgte dasselbe und trat nun gegen K. mit einer provocatio ad agendum auf, indem er geltend machte, daß die O. N. N. den Nuncianten bekanntlich verpflichte, sein jus prohibendi klagend zu verfolgen, daß aber im vorliegenden Falle der Provocat aus eigenem Antriebe schwerlich zur Klage schreiten werde, da er seinen Zweck vorläufig erreicht habe. Es ergingen hierauf die dem Provocationsprocesse entsprechenden Ladungen, der Provocat kam indessen dem angesetzten Verhandlungstermine dadurch zuvor, daß er eine Klage wegen gestörten Besitzes erhob, gestützt auf die Behauptung, er befinde sich im Alleinbesitze der Tüsche, welche bis zum Abbruche des gegnerischen Hintergebäudes nur von seinem Hofe aus zugänglich gewesen und von ihm allein als Wasserleitung benutzt sei. Er beantragte, dem Beklagten die Störung dieses Besitzes, welche in der Wiederaufrichtung der Mauer zu befinden sein würde, zu untersagen,

Digitized by Google

und hielt dafür, daß damit die Provocation erledigt sei. Es wurde jedoch erkannt, daß zu solchem Zwecke petitorisch zu klagen sei, und das Oberappellationsgericht bestätigte diesen Richterspruch durch Querelbescheid vom 27. Mai 1876.

Gründe:

Nach Ausweis der jungirten Acten pto. gestörten Wasserlaufs hatte der Provocat den Provocanten auf Wegräumung einer von ihm errichteten Mauer, welche den bis dahin ganz offen gewesenen Zugang vom Hofe des Provocaten in die zwischen den beiderseitigen Grundstücken befindliche Tüsche völlig verschloß und den Abfluß des auf dem Hofe sich sammelnden Regen- und Spülwassers hemmte. Der Anspruch war auf die streitlose Thatsache gegründet, daß Provocat schon beim Beginne des Mauerbaues gegen den damit beschäftigten Handwerker hatte Einspruch erheben lassen. Die Klage wurde lediglich als liquides interdictum demolitorium ex operis novi nunciatione behandelt und der Beklagte darauf hin antragsmäßig verurtheilt. Indem Provocat sich dieses Rechtsbehelfs bediente, versetzte er sich in die Lage, für den Hauptrechtsstreit über die in dem Interdictenprocesse unerledigt gebliebene Frage, ob ihm ein jus prohibendi, oder dem Gegner ein jus faciendi zustehe, die Klägerrolle übernehmen zu müssen. Dieser im geltenden Rechte zweifellos begründeten Consequenz der Nunciation konnte Provocat dadurch nicht entgehen, daß derselbe den erhobenen und vorläufig durchgesetzten Einspruch mittels der angebrachten Besitzesklage aufrecht zu halten suchte; denn wenn auch der Satz „in operis novi nunciatione possessorem adversarium facimus“

L. 1 § 6 h. t. D. (39, 1)

nicht ausdrückt, daß der juristische Besitz auf den Nunciaten übergehe, so ist damit doch gesagt, daß der Nunciant seinem Gegner die Stellung des Beklagten in dem bevorstehenden petitorischen Rechtsstreite einräume. Grade aus diesem Grunde räth Ulpian in L. 5 § 10 eod. demjenigen, welcher ein Bauunternehmen durch possessorische Rechtsmittel anfechten kann, von der operis novi nunciatio keinen Gebrauch

Digitized by Google

zu machen. Ohnehin hat jede Nunciation, welche nicht damni depellendi oder juris publici tuendi gratia, sondern juris nostri conservandi causa geschieht,

L. 1 § 16 h. t.

zur wesentlichen Voraussetzung, daß der Nunciant das inhibirte Unternehmen als eine mit der negatiora oder confessoria actio zurückzuweisende Rechtsverletzung auffaßt.

L. 5 § 9 eod.

Der Provocat hätte nun, nachdem die Mauer inzwischen wieder beseitigt ist, einen Remissionsantrag stellen können, auf Grund dessen ihm in Gemäßheit der L. un. pr. de remiss. (43, 25) die Wiederaufrichtung der Mauer zu gestatten gewesen wäre, falls Provocat nicht binnen einer richterlich zu bemessenden Frist sein jus prohibendi klagend verfolgen würde. Wäre diese Auflage unbefolgt geblieben, so wäre damit zwar die Nunciation entkräftet gewesen und hätte die sofortige Herstellung des Bauwerks nicht mehr gehindert, allein es würde auch dem Provocaten unbenommen gewesen sein, auch später noch mit einer petitorischen Klage dagegen aufzutreten. Provocant hat es deshalb vorgezogen, den Provocaten schon jetzt ad agendum zu provociren, und dazu war er auch wohl befugt, da aus den oben hervorgehobenen Rechtssätzen sich ergiebt, daß jede juris nostri conservandi causa vorgenommene operis novi nunciatio die Behauptung in sich schließt, daß dem Nuncianten ein demnächst mit der negatoria oder confessoria actio geltend zu machendes jus prohibendi zustehe. Darin ist eine die Provocation rechtfertigende Verrühmung zu befinden, und der Umstand, daß dieses Rechtsmittel ein subsidiäres ist und namentlich dann versagt wird, wenn dem Provocanten selbst eine Klage zu Gebote steht, mit welcher er die gegnerische Anmaßung wirksam zurückweisen kann,

hiesige Entscheidungen V. Nr. 14 Seite 24,

ist hier bedeutungslos, weil der Nunciant als solcher verpflichtet ist, in dem Hauptrechtsstreite die Klägerrolle zu übernehmen.

Digitized by Google

25. Actio Pauliana. Wa. 937/1877.

Der Kaufmann W. in S., über dessen Vermögen später Concurs ausbrach, schuldete dem M. 9600 Mark aus Darlehn und hatte ihm als Sicherheit Wechsel mit der Unterschrift des Kaufmanns B. in R. gegeben. Als dieser in Vermögensverfall gerieth, nahm W. die Wechsel zurück und cedirte seinem Gläubiger in solutum eine Forderung an den Kaufmann D. im Betrage von 6300 Mark, welche Summe der debitor cessus demnächst auch an M. zahlte. Diese cessio in solutum wurde nun von dem Güterpfleger im Concurse der W.'schen Gläubiger mittels der actio Pauliana angefochten. Zur Begründung des Antrages, den M. zur Rückzahlung der empfangenen 6300 Mark zu verurtheilen, führte der Kläger an, es sei unzweifelhaft und leicht nachzuweisen, daß W. zur Zeit der fraglichen Cession bereits materiell insolvent gewesen sei, und daß derselbe seine Insolvenz sehr wohl gekannt habe. Demnach sei anzunehmen und werde behauptet, daß er die durch diese datio bezw. cessio in solutum bewirkte Verminderung seines Vermögens animo fraudandi, in der Absicht vorgenommen habe, seine übrigen Gläubiger zu schädigen. — l. 17 § 1 D. h. t. 42, 8, l. 10 D. qui et a quib. 40, 9, Windscheid, Pandekten § 463 sub 2, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts XIV. Seite 280. — Auch der Beklagte, dem W.'s Verhältnisse genau bekannt gewesen seien, habe um diese Absicht gewußt.

Durch Bescheid vom 17. September 1877 bestätigte das Oberappellationsgericht die in beiden Vorinstanzen erfolgte Abweisung dieser Klage angebrachter Maßen.

Gründe:

Denn daß bei der fraglichen cessio in solutum auf Seiten W.'s die bestimmte Absicht obgewaltet habe, seine übrigen bezw. besseren Gläubiger zu verkürzen, und daß der Beklagte eine solche Arglist bei demselben auch nur vorausgesetzt habe, will Kläger selbst nicht behaupten. Er begründet vielmehr seine Klage nur durch die Behauptung, daß W. zur Zeit jener Cession bereits materiell insolvent gewesen sei, dies

Digitized by Google

auch sehr wohl gewußt habe, und daß der Beklagte hievon Kenntniß gehabt. Jene erste Behauptung kann hiefür jedoch nicht schlechthin als genügend angesehen werden, sondern es wird hiezu immer der Hinzutritt weiterer Umstände gefordert, in deren Betracht derjenige, welcher beim Vorhandensein ihm bekannter Schuldverhältnisse ein Veräußerungsgeschäft bestimmter Art abschließt, sich in keiner Weise darüber täuschen konnte, daß er sich selbst dadurch die Mittel zur Befriedigung der vorhandenen Gläubiger und diesen die erforderliche Deckung entzieht.

Ein solcher Fall liegt klar gegeben vor, wenn Jemand, wie in der L. 17 § 1 D. quae in fr. cred. (42, 8), obwohl er weiß, daß er Schulden hat, sein ganzes derzeitiges Activvermögen veräußert, ohne hiebei für die Befriedigung seiner Gläubiger Fürsorge zu treffen, und ebenso ist die betrügerische Absicht einer Verkürzung seiner übrigen Gläubiger alsdann nicht abzuweisen, wenn Jemand in dem Augenblicke, wo er bereits Schritte zur Herbeiführung einer Eröffnung des Concurses gethan, noch einen seiner Gläubiger durch datio in solutum befriedigt, wie es in dem Falle geschehen war, welcher dem Urtheile des Reichsoberhandelsgerichts in dessen Entscheidungen XIV. Seite 280 ff. zu Grunde lag.

Viel zu weit würde es dagegen gehen und jede Sicherheit des Verkehrs aufheben, wenn alle Rechtsgeschäfte, durch welche Jemand, der nachher in Concurs geräth, etwas aus seinem Vermögen veräußert hat, um deswillen der Anfechtung mittels der actio Pauliana sollten ausgesetzt sein, weil der Betreffende zur Zeit der Vornahme derselben augenblicklich überschuldet war, und Niemand, der den zur Zeit mißlichen Stand seiner Angelegenheiten kennt, sich mit ihm sollte einlassen dürfen. Die nothwendige Folge hievon würde die sein, daß jeder Geschäftsmann, der in eine solche Lage geriethe, sofort seinen Betrieb würde einstellen und auf Eröffnung des Concurses über sein Vermögen würde antragen müssen, und die gleiche Folge würde eintreten, wenn kein Gläubiger, welcher weiß, daß sein Schuldner in eine bedrängte Lage gerathen ist, und

Digitized by Google

welcher deshalb den Verlust seiner Forderung besorgt, die ihm erforderlich scheinende Deckung hiefür würde suchen und annehmen dürfen, ohne befürchten zu müssen, daß diese demnächst ihm wieder abgestritten wird, da jeder solcher Gläubiger alsdann durch schonungsloses Andrängen auf unmittelbare Befriedigung den Schuldner zur Erklärung seiner Insolvenz nöthigen würde, obwohl dieser, wenn ihm Zeit zur Fortsetzung seines Betriebes und zur allmäligen Abwickelung seiner Schuldverhältnisse gelassen wäre, vielleicht sämmtlichen Gläubigern noch hätte gerecht werden können.

In allen derartigen Fällen kommt es daher auf eine unbefangene und umsichtige Erwägung der einschlagenden Verhältnisse, sowie insbesondere auch darauf an, ob das in Frage stehende Geschäft durch die Geschäftslage des Schuldners gerechtfertigt war und darnach als unverfänglich erscheinen konnte, oder ob dasselbe nach seiner außergewöhnlichen Beschaffenheit Veranlassung giebt, der redlichen Absicht der dabei Betheiligten nach der hier in Frage stehenden Seite hin zu mißtrauen.

In dieser Beziehung kommt nun hier zunächst in Betracht, daß, wie Kläger selbst nicht bestreitet, bis zu der Zeit, wo die Zahlungseinstellung des Kaufmanns B. Verlegenheiten für ihn hervorrief, W., der einen sehr ausgedehnten Geschäftsbetrieb hatte, noch allgemein für einen wohlhabenden Mann galt und völlig aufrecht dastand, erst der nach längerer Zwischenzeit eingetretene völlige Sturz B.'s den seinigen nach sich gezogen hat, und Kläger selbst anscheinend nicht zu behaupten vermag, wenigstens nicht darzulegen vermocht hat, daß W., wenn er auch durch seine Beziehungen zu B. mit schweren Verlusten bedroht war, doch deren volle Größe damals schon übersehen konnte und darnach seine eigene Geschäftslage als aussichtslos ansehen und den später eingetretenen Concurs als sicher bevorstehend betrachten mußte.

Weiter ist aber auch zu berücksichtigen, daß, nachdem B. seine Zahlungen eingestellt hatte, für W. die anderweitige Sicherstellung bezw. Deckung aller derjenigen Gläubiger,

Digitized by Google

welche B.'sche Wechsel von ihm als Hinterlage in Händen hatten, eine unabweisliche, zugleich factische und rechtliche Nothwendigkeit war. Denn nach bestehender Geschäftsüblichkeit ist anzunehmen und ist vom Kläger auch nirgends das Gegentheil gesagt, daß diese Wechsel auf sie indossirt waren, und würden sie deshalb nach Art. 29 sub 1 der Wechselordnung berechtigt gewesen sein, von B., als dem Acceptanten, wegen der Wechselsumme Sicherheit zu fordern, und wenn dieser, wie vorauszusehen war, solche nicht leisten konnte, dieserhalb auf W., als ihren Indossanten, ihren Regreß zu nehmen. Es hatte daher nichts Auffälliges, wenn W. unter diesen Umständen, dem zuvorkommend, nicht bloß dem Beklagten, sondern wie vom Kläger nicht bestritten wird, auch allen übrigen Gläubigern, welche B.'sche Wechsel von ihm in Händen hatten, ohne es zur Erhebung eines Sicherheits-Protestes und einer Regreßklage kommen zu lassen, unter Zurücknahme dieser Wechsel durch Hingabe anderer Werthpapiere, sei es auf deren Verlangen, sei es aus eigenem Antriebe, sofort diejenige Deckung bezw. Sicherstellung gewährte, welche sie eventuell von ihm zu fordern berechtigt waren. Vielmehr zeugt dies Verhalten davon, daß er damals an seiner Lage noch nicht verzweifelte, im Gegentheil noch die Hoffnung hegte, sein Geschäft aufrecht zu erhalten.

Mochte nun auch diese Hoffnung wesentlich darauf beruhen, daß er den Stand der B.'schen Vermögensverhältnisse für günstiger ansah, als sich später herausgestellt hat, und hat dieselbe sich gleich als trügerisch erwiesen, so kann ihm doch unter diesen Umständen der Vorwurf des dolus, wie solcher zur Begründung der actio Pauliana auf Seiten des Schuldners, der durch eine Veräußerung sein gegenwärtiges Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger vermindert hat, erfordert wird, rücksichtlich der fraglichen cessio in solutum nicht ohne Weiteres gemacht werden. Es wäre deshalb Aufgabe des Klägers gewesen, bestimmte Thatsachen und Momente anzuführen, welche auf einen dolus hinweisen, und

Digitized by Google

erscheint deshalb, da er es hieran hat fehlen lassen, die Klage schon von dieser Seite her nicht ausreichend begründet.

Auch kann dieselbe nicht etwa, wie Kläger will, dadurch aufrecht erhalten werden, daß W. es wenigstens als unsicher betrachten mußte, ob überall oder in welchem Umfange die von ihm zurückgenommenen Wechsel im Debitwesen B.'s zur Hebung gelangen würden; und ebenso der Beklagte diesen Zweifel an deren Güte theilen mußte, so daß hieraus, wie Kläger es versucht, ein eventueller dolus auf Seiten Beider sich construiren ließe. Denn ist es auch nicht nothwendig, daß die Absicht der Verkürzung der vorhandenen Gläubiger in ihrer Gesammtheit oder einzelner derselben Bestimmungsgrund des fraglichen Veräußerungsgeschäfts gewesen sei, so wird doch immer zur Begründung der actio Pauliana ein bestimmtes Bewußtsein darüber gefordert, daß dieser Erfolg voraussichtlich eintreten werde oder doch könne, und steht dem auch das vom Kläger angerufene Präjudiz des Oberappellationsgerichts zu Oldenburg in Seuffert's Archiv V. 95 nicht entgegen.

Endlich kann aber auch nach Lage des Falles von einer durch einen Liberalitätsact bewirkten oder auch nur sonst als grundlos sich herausstellenden Bereicherung des Beklagten nicht wohl die Rede sein, da derselbe wie oben bemerkt, nachdem B. sich auf die Constitution vom 17. December 1834 berufen hatte, statt der ihm durch dessen Wechsel gewährten Sicherheit anderweitige Sicherstellung zu fordern berechtigt war, und durch die ihm statt deren gemachte cessio in solutum noch bei weitem nicht für den Betrag der ihm unbestritten zustehenden Forderung gedeckt worden ist, der Umstand aber, daß er auch diese nur theilweise Befriedigung nach Klägers Behauptung in dem später ausgebrochenen Concurse seines Schuldners nicht erlangt haben würde, in dieser Beziehung rechtlich gleichgültig ist.

Digitized by Google

26. Actio de pauperie. Actio legis Aquiliae. Co. $1499/_{1876}$.

Der Knecht C. hatte auf Befehl seines Dienstherrn, des Pächters B., zwei Pferde, die noch nicht neben einander gegangen waren, an einen Wagen gespannt und sich bei dem vergeblichen Versuche die Thiere zu bändigen, eine Verletzung zugezogen, welche eine Verkrüppelung einer Hand zur Folge hatte. Er verklagte deshalb den B. auf eine Entschädigung von 1500 M. Die Klage, deren thatsächliche Begründung aus den nachstehend mitgetheilten Motiven des bestätigenden oberappellationsgerichtlichen Bescheides vom 4. September 1876 sich ergiebt, wurde a limine judicii abgewiesen.

Was zunächst die actio de pauperie betrifft, mittels welcher Kläger den erhobenen Schadensanspruch in erster Linie verfolgt, so ist das Durchgehen der beiden Pferde, welche Ersterer auf Geheiß des Beklagten an einem Wagen zusammenspannte, nach seiner eigenen Darstellung des Hergangs dadurch veranlaßt, daß der Hengstwallach den Versuch machte, auf das vierjährige Füllen zu springen. Ein so jäher Angriff ist geeignet, auch ein sonst ruhiges Pferd in Aufregung zu versetzen, und es würde daher im vorliegenden Falle, selbst wenn das Füllen, um dem Angreifer zu entfliehen, zuerst vorwärts gedrängt und dadurch die Katastrophe herbeigeführt hätte, doch nur der Hengstwallach als das Schaden stiftende Thier zu bezeichnen sein, da hier offenbar die Voraussetzungen der schon vom vorigen Richter citirten L. 1 § 8 und nicht die der L. 5 D. si quadrupes (9, 1) gegeben sein würden. Da nun der Beklagte sich dieses Thieres durch Vertauschung gegen ein anderes inzwischen entäußert hat, und ihm nicht der Vorwurf gemacht wird, daß er dies gethan habe, um dem Anspruche zu entgehen, so findet nach bekannter klarer Rechtsvorschrift (L. 1 § 12 D. h. t.) die actio de pauperie gegen ihn nicht statt. Der Ansicht des Klägers, als ob der Beklagte demselben gleichwohl mit dem in sein Vermögen gekommenen Tauschwerthe verhaftet geblieben sei, beruht auf einer Verkennung des Wesens dieser Noxalklage, da dieselbe als solche eben nur gegen denjenigen gerichtet werden kann, welcher zur

Digitized by Google

Zeit des Streitbeginnes sich in der Lage befindet, den durch den casuellen Schaden Betroffenen durch noxae deditio, d. h. durch Uebereignung des schadenden Thieres (L. 1 § 14 eod.) abzufinden. Ebensowenig empfängt die Klage eine haltbare Stütze durch die Erwägung, daß der Beklagte, indem er ein mit dem Noxalanspruche behaftetes Thier veräußerte, sich jedem späteren Erwerber, der dieserhalb etwa belangt werden möchte, regreßpflichtig gemacht habe, und daß es dem Kläger zustehe, diesen Regreßanspruch des jetzigen ungenannt bleibenden Eigenthümers direct gegen den Beklagten geltend zu machen. Der hier ohne Weiteres vorausgesetzte Regreßanspruch versteht sich keineswegs von selbst, sondern würde immer erst aus den bestehenden Vertragsverhältnissen zu begründen sein, und wenn dies gelänge, so würde doch nicht abzusehen sein, aus welchem Grunde Kläger legitimirt sein könnte, eine solche Forderung, welche überhaupt erst durch die Herausgabe des Thieres zur Existenz gelangen würde, geltend zu machen.

Eventuell will Kläger die durch das libellirte Ereigniß ihm zugefügte Beschädigung auf ein Verschulden des Beklagten zurückführen und ihn dafür mittels der Contractsklage oder der actio legis Aquiliae verantwortlich machen. Auch von diesem rechtlichen Gesichtspunkte ist der Anspruch unbegründet. Kläger hat dem Beklagten seine Dienste als Knecht vermiethet, die Besorgung und Führung der Pferde gehört zu seinen dienstlichen Obliegenheiten, und es muß daher angenommen werden, daß derselbe die dazu erforderliche Kenntniß und Erfahrung besitzt. Mit dem Auftrage, zwei Pferde, welche bisher noch nicht neben einander an einem Wagen gezogen hatten, zum ersten Male zusammen zu spannen, wurde ihm nichts Ungewöhnliches angesonnen, und der Beklagte durfte voraussetzen, daß Kläger die dabei etwa zu treffenden besonderen Vorsichtsmaßregeln kennen und anwenden würde. War das Benehmen des Hengstwallachs gegen das Füllen ein dieser Thiergattung natürliches, so konnte er die damit verbundene Gefahr ebenso voraussehen, wie der Beklagte, und durfte sich auf das gefährliche Unternehmen, wenn der Beklagte trotz Klägers Vorstellung von der damit verbundenen

Digitized by Google

Gefahr auf der Ausführung bestand, nicht einlassen. Die strengeren Grundsätze, welche die L. 61 § 5 D. de furtis (47, 2) über die Haftung des Mandanten aufstellt, treffen den Beklagten nicht, weil hier ein unentgeltlich übernommener Auftrag nicht in Frage steht und überdieß die Voraussetzung fehlt, daß der Beauftragte die mit der Ausführung verbundene Gefahr nicht vorhersehen konnte.

---

27. Actio legis Aquiliae. Rostocker Stadtrecht, Art. 2 Th. IV. Tit. 3. Gi. $667/_{1878}$.

Am 15. December 1875 passirte ein mit 2 Pferden bespannter Wagen des Pächters S. aus R., von Rostock kommend, Abends den Petridamm, auf welchem die Straßenlaternen schon brannten, und begegnete dort einem von dem Kaufmann G. geführten Einspännerfuhrwerke. An einer Stelle, wo nach Angabe beider Parteien der Fahrdamm breit genug ist, daß zwei Wagen sich ausweichen können, fand ein Zusammenstoß statt. Die Erben des inzwischen verstorbenen Pächters S. erhoben hierauf gegen G. die actio legis Aquiliae, indem sie behaupteten, daß ihr Wagen und eins ihrer Pferde näher angegebene Beschädigungen erlitten haben, und daß der Beklagte durch ordnungswidriges Fahren den in der Klagschrift specificirten Schaden verschuldet habe. Da der Beklagte die klagbegründenden Thatsachen leugnete, wurden dieselben zum Beweise verstellt unter Abweisung des vom Beklagten gestellten Antrages, zur Ableistung des in Art. 2 IV. 3 des Rostocker Stadtrechts vorgesehenen Unschuldseides zugelassen zu werden. Die dem revidirten Lübischen Rechte entnommene statutarische Bestimmung lautet:

> wird jemand beschädiget von einem Fuhrmanne, Gutscher und Wagentreiber, und solches aus seiner Verwahrlosung und argen Gefährde, den Schaden muß er besseren und gelten, es wäre denn, daß er schweren könnte und wollte, daß es nicht mit seinem Willen geschehen.

Digitized by Google

Durch Urtheil vom 27. Januar 1879 bestätigte das Oberappellationsgericht die Zurückweisung des Eidesanerbietens.

Gründe:

Dem Begehren des Beklagten, zu dem im Art. 2 Th. IV. tit. 3 des Rostocker Stadtrechts verstatteten Eide gelassen zu werden und durch dessen Ableistung die Zurückweisung der Klage herbeizuführen, ist nicht nachzugeben, und erscheint seine hierauf gerichtete Beschwerde unbegründet. Die Annahme der sententia a qua, daß dieses nicht geschehen dürfe, weil die citirte Bestimmung nur auf solche Personen zu beziehen sei, welche im Dienste oder im Auftrage eines Eigenthümers einen Wagen führen, kann bestritten werden, eine dahin gehende Beschränkung folgt aus der Fassung des Artikels nicht mit Sicherheit. Zwar setzen die Interpreten des Lübischen Rechts, aus welchem — cfr. Art. 3 Lib. IV. tit. 3 — die Bestimmung wörtlich herübergenommen ist, voraus, daß es sich um einen vom Eigenthümer des Fuhrwerks adhibirten Lenker desselben handle,

Mevius, Com. ad art. 3 Lib. IV. tit. 3 Nr. 16, 17,
Stein, Einleitung zur Lübischen Rechtsgelehrsamkeit § 339 not. x. x.

allein einmal geschieht dieses nur mit Bezug auf den zweiten Theil des Artikels, wo davon die Rede ist, daß der Fuhrmann flüchtig geworden sei, sodann aber kommt in Betracht, daß der Art. 255 des Cod. Bardewiech de 1294 (Hach pag. 376), aus welchem der Artikel der Statuta revisa entstanden ist, (Hach pag. 627) ganz generell in der Ueberschrift von „waghendriveren" und im Text selbst von denjenigen spricht „de den waghen dreven hedde", und daß nicht erhellt, es habe bei der Uebernahme in die Revidirten Statuten eine Beschränkung eintreten sollen. Es kann indeß diese Frage dahin gestellt bleiben, da andere durchschlagende Gründe das Verlangen des Beklagten unzulässig erscheinen lassen.

Die betreffende Bestimmung des Art. 2 des Rostocker Stadtrechts und des Art. 3 des Lübischen Rechts ist nicht als eine vereinzelt stehende aufzufassen, welche dem auf Lei-

Digitized by Google

stung von Ersatz des durch Pferde und Wagen zugefügten Schadens Beklagten ein besonderes Privileg ertheilte, welches den sonstigen Beweisregeln gegenüber als ein exorbitantes erscheinen und durch die Natur gerade dieser Klage in keiner Weise eine innere Rechtfertigung erhalten würde, sie findet sich auch an anderen Stellen der obgedachten Rechtsbücher, so im Art. 6 Lib. IV. tit. 4 des Lübischen Rechts und im Art. 2 Lib. IV. tit. 4 des Rostocker Stadtrechts, wo von Schadenszufügungen allgemein gehandelt wird, und sie erscheint als ein Ausfluß des im altdeutschen Processe herrschenden Princips, nach welchem bei Klagen um Geldschuld und aus Delicten zunächst der Beklagte sich durch den Eid befreien konnte. Diese Befugniß stand demselben aber nur zu einer s. g. „schlichten" Klage gegenüber, welche nur die Behauptung des „Schuldigseins" enthielt und weder die begründenden Thatsachen angab, noch auf Beweismittel gestützt war, welche die Richtigkeit des Anspruchs erhärteten. Konnte der Kläger sich auf letztere berufen, so verlegte er dem Beklagten den Unschuldseid, und erst von der weiteren Entwickelung der Verhandlungen, namentlich davon, ob der Beklagte auf seiner Seite noch stärkere Beweismittel beibringen konnte, hing es ab, ob derselbe noch zum Eide zu lassen war,

vgl. hierüber Laband, die vermögensrechtlichen Klagen ꝛc. namentlich pag. 18—20, 25, 26, 34—37, 44—47,

mit welchem im Wesentlichen dem Resultate nach übereinstimmen

Brunner, Geschichte und Quellen des Deutschen Rechts in v. Holzendorff's Encyclopädie pag. 189;

Planck, das Recht zur Beweisführung in der Zeitschrift für Deutsches Recht Bd. X pag. 303—307; 314—316;

Hänel, das Beweissystem des Sachsenspiegels pag. 129—131. —

Sicher konnte nach dem ganzen Geiste des altdeutschen Gerichtsverfahrens der Beklagte durch die Ableistung eines Unschuldseides der Verurtheilung nicht entgehen, wenn seine Schuld durch Gerichtszeugniß bereits erwiesen vorlag, und die Entwickelung des Beweisrechts konnte nur dahin gehen, ging

Digitized by Google

auch dahin, daß das Gleiche eintrat, wenn der Kläger die Schuld des Beklagten durch handhafte That und weiter sodann durch sonstige Beweismittel darthat, welche dieselbe dem Gerichte sofort darlegten. — Daß der hier zur Frage stehende Eid dem Beklagten schon in dem Art. 255 des Cod. II. de 1274 in einem anderen Sinne, als dem hier erwähnten, und zwar als ein ganz exceptioneller, welcher eine Beweisführung durch den Kläger ganz ausschlösse, freigelassen worden sei, ist von vorne herein nicht anzunehmen, und ganz in derselben Weise ist er in die Revidirten Statuten übergegangen, wie dies klar aus den Bemerkungen der Interpreten des Lübischen Rechts erhellt; vgl.

Mevius l. c. Nr. 13,

Stein l. c. § 339 not. x, § 507.

Noch weniger aber kann das Rostocker Stadtrecht bei der wörtlichen Hinübernahme des Artikels die Absicht gehabt haben, durch Statuirung eines besonderen Privilegs einen tiefen Einschnitt in das damals geltende Beweisrecht zu machen, und es kann deshalb die betreffende Bestimmung den Kläger nicht von der ordnungsmäßigen Beweisführung, durch welche er die Schuld des auf Erstattung des Schadens Belangten und die Höhe seines Schadens darthun kann, abdrängen. Dem tritt die Erwägung hinzu, daß nach § 6 der städtischen Verordnung vom 27. März 1816 — Blanck, Gesetzsammlung pag. 251 — die Bestimmung im ersten Theile des Art. 2 cit. des Stadtrechts in den durch diese Verordnung bezielten Fällen nicht mehr zur Anwendung kommen soll, und daß der jetzt vorliegende Fall durch die Verordnung insofern ergriffen wird, als im § 2 allgemein und ohne Beschränkung auf das durch die früheren Thore umschlossene Weichbild der Stadt, sowie den Strand und den Wall vorgeschrieben wird, daß die Fahrenden beim Ausbiegen allemal die rechte Hand halten sollen, und der Klaganspruch deshalb erhoben wird, weil der Beklagte dem entgegen gehandelt habe.

Digitized by Google

28. Zur Auslegung der Verordnung zur Verhütung von Unglücksfällen beim Gebrauche von Maschinen, d. d. 13. October 1875. Ka. $1526/_{1877}$.

Das Dienstmädchen F. hatte eine schwere Verletzung dadurch erlitten, daß die rechte Hand zwischen die nicht nach Vorschrift des Gesetzes (§ 2, 3) bewehrten seitlichen Räder der durch ein Göpelwerk getriebenen Häckerlingsmaschine ihres Dienstherrn, des Erbpächters K., gerathen war. Gegen die deshalb aus § 9 der citirten Verordnung von dem Vormunde der Verletzten angestellte Schadensklage erhob K. den Einwand, daß die Geschädigte sich jene Verletzung durch eigene Schuld zugezogen habe, und zwar nicht bei der ihr aufgetragenen Arbeit selbst. Als sie nämlich mit dem ihr obliegenden Zusammenfegen des Häckerlings am vorderen Theile der Maschine fertig gewesen und wieder aus dem unteren Raume auf den Bretterverschlag emporgestiegen sei, welcher die Maschine umgab und ausreichenden Raum bot, um ungefährdet an deren Rädern vorbei nach dem hinteren Theile derselben zu gelangen, wo sie dem die Maschine bedienenden Knechte M. das Stroh zuzureichen und ab und an beim Nachschieben desselben in der Lade etwas zu helfen hatte, sei sie, statt hinten wieder an die Kiste heranzutreten und das Zutragen des Stroh's zu besorgen, direct auf den bei den Rädern der Maschine stehenden Knecht M. zugetreten, um ein mit diesem begonnenes scherzhaftes Gespräch fortzusetzen, habe sich dicht bei diesem hingestellt, und nun bei der lebhaft geführten Unterhaltung aus Unachtsamkeit und in Gedanken versunken ihre Hand oben auf das große Rad gelegt; letzteres, welches sich bei dem Gange der Maschine langsam drehe, habe hiebei die Hand mitherumgezogen und sei diese so zwischen das große und das kleine Rad gekommen und in der in der Klage angegebenen Weise zerquetscht worden. Da nun die Verordnung vom 13. October 1875 gegeben sei, um möglichst zu verhüten, daß die Bedienungsmannschaften und andere Personen beim Betriebe von Maschinen ohne eigene grobe Fahrlässigkeit von dem gehenden Werke ergriffen werden können, also voraussetze, daß der eingetretene Schade sie grade bei Ausübung der ihnen aufgetragenen

Digitized by Google

Arbeit und nicht in Folge eigener grober Fahrläſſigkeit betroffen habe, beides hier aber nicht der Fall geweſen, da die F. von der ihr geheißenen Arbeit weggegangen, um mit dem M. Scherz und Spaß zu treiben, ſie ſich hiebei muthwillig einer Gefahr ausgeſetzt habe, welcher ſie nicht ausgeſetzt war, wenn ſie ruhig bei der ihr aufgetragenen Arbeit geblieben wäre, da ſie ferner alle ihr wiederholt von ihm gewordenen Warnungen, vorſichtig zu ſein, außer Acht gelaſſen, und der Leichtſinn und die Unachtſamkeit, durch welche ſie zu Schaden gekommen, als eigene grobe Fahrläſſigkeit ſich darſtelle, ſo ſei die erhobene Klage abzuweiſen.

Der Kläger ſeinerſeits hat nicht nur die thatſächliche Richtigkeit dieſer über den Hergang gemachten Angaben des Beklagten beſtritten, ſo wie daß in dem geſchilderten Verhalten der F. eine grobe Fahrläſſigkeit derſelben zu finden ſei, ſondern auch daß der Faſſung wie dem Sinne und Zwecke der fraglichen Verordnung nach bei unterlaſſener Beobachtung ihrer Vorſchriften überall Raum für eine ſolche Einwendung ſei. Beide vorige Erkenntniſſe haben indeſſen den bezüglichen Ausführungen des Klägers entgegen angenommen, daß die vorgeſchützte Einrede ſowohl an ſich rechtlich zuläſſig, als auch in thatſächlicher Hinſicht ausreichend begründet ſei, und demgemäß dem Beklagten die dafür vorgebrachten, klägeriſcherſeits aber beſtrittenen Behauptungen zum Beweiſe verſtellt.

Die hiegegen gerichtete Beſchwerde des Klägers wurde vom Oberappellationsgericht durch Urtheil vom 9. September 1878 als begründet anerkannt.

Denn allerdings iſt es richtig, daß durch die abſolute Faſſung des § 9, — „Wer bei dem Betriebe einer Maſchine durch die abſichtliche oder fahrläſſige Unterlaſſung einer der in dieſer Verordnung vorgeſchriebenen Vorſichtsmaßregeln den Tod oder die Körperverletzung eines Menſchen herbeigeführt hat, haftet für den dadurch entſtandenen Schaden," — die Anwendlichkeit des gemeinrechtlichen auch in der Natur der Sache ſelbſt ruhenden Grundſatzes der L. 203 D. de R. J. 50, 17, daß Niemand den Schaden erſetzt verlangen kann, den er ſich durch

Digitized by Google

eigene Schuld zugezogen hat, („Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non videtur sentire") nicht ausgeschlossen ist, und behauptet dieser Grundsatz insbesondere auch auf dem Gebiete der außercontractlichen s. g. Aquilischen Culpa in solchen Fällen Geltung, in welchen Jemand sich selbst der Gefahr ausgesetzt hat, welche durch eine an sich gefährliche Handlung eines Andern hervorgerufen ist. Allein die hiefür in unsern Quellen sich findenden Entscheidungen, — L. 9 § 4 — L. 11 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2, §§ 4, 5 J. eod. 4, 3, L. 31, L. 28 D. eod., — zeigen; wie Demelius, Ueber Compensation der Culpa, in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen Römischen und des deutschen Privatrechts V. Seite 58 ff. treffend ausgeführt hat, daß diese Ersatzpflicht nur dann wegfällt, wenn einerseits den Handelnden wegen seines gefährlichen Beginnens mit Rücksicht auf die Umstände, unter welchen er dasselbe vornahm, insbesondere auch in Anbetracht der von ihm beobachteten Vorsichtsmaßregeln kein Vorwurf trifft, und anderseits der Geschädigte, obwohl er die daher ihm drohende Gefahr erkannte oder doch derselben sich bewußt sein konnte und mußte, dennoch sich derselben aussetzte.

So steht aber im vorliegenden Falle die Sache nicht. Hier ist der Beklagte seinerseits von dem Vorwurfe betroffen, die durch die Verordnung vom 13. October 1875 für den Betrieb seiner Maschine vorgeschriebenen Vorsichtsmaßregeln, wenn auch nicht absichtlich, so doch fahrlässig verabsäumt zu haben, und würde es sich daher, wenn auch die klägerische Curandin von dem Vorwurfe eigener Verschuldung nicht freizusprechen ist, um die durch das gemeine Recht nur für den Fall des Dolus des Schädigers in L. 9 § 4 D. cit. entschiedene, auch durch das Reichsgesetz vom 7. Juni 1871, §§ 1 und 2, unentschieden gelassene Frage handeln, wie sich die nach der äußerlichen Sachlage begründete Entschädigungspflicht da gestaltet, wo beiderseitige Verschuldung concurrirt, auf welchen Fall gerade die in Seuffert's Archiv XXXI. 38 abgedruckte Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts sich bezieht.

Diese vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus sehr

Digitized by Google

schwierige Entscheidung wird hier nun aber dadurch wesentlich erleichtert, daß der klar ersichtliche Zweck der Verordnung vom 13. October 1875 eben der ist, durch die von ihr vorgeschriebenen Sicherheitsmaßregeln nicht bloß unglückliche Zufälle zu verhüten, sondern auch gerade der Unachtsamkeit und Unvorsichtigkeit Derjenigen Schutz zu gewähren, welche durch die Bedienung der betreffenden Maschine oder in sonstiger Veranlassung in deren Nähe versetzt sind, und so leicht mit dem gehenden Werke in Berührung kommen können. Denn dürfte bei Jedermann, der in dieser Lage sich befindet, eine ununterbrochene gespannte Aufmerksamkeit und wachsame Vorsicht vorausgesetzt werden, so würde es solcher Schutzmaßregeln kaum bedurft haben. Dazu kommt, daß das Personal, welches bei derartigen landwirthschaftlichen Maschinen beschäftigt wird, zum großen Theil aus jugendlichen Personen besteht, an deren Diligenz nicht füglich die Anforderungen gerichtet werden können, welche das Verhalten eines gediegenen Mannes, eines erprobten und tüchtigen Hauswirths charakterisiren, weshalb denn auch der § 4 in Beziehung auf das erforderliche Alter der Bedienungsmannschaften sich zur Aufstellung besonderer Bestimmungen veranlaßt gesehen hat.

Hieraus folgt, daß nach dem Sinne und der Absicht des Gesetzes nicht jede Vernachlässigung derjenigen Aufmerksamkeit, durch deren Beobachtung der bei einer unverwahrten Maschine der hier fraglichen Art Beschäftigte sich vor der aus deren Betriebe ihm drohenden Gefahr hätte hüten können, mag sie auch immerhin an sich als Fahrlässigkeit, culpa lata, sich auffassen lassen, den Besitzer der Maschine von der Verantwortlichkeit zu entfreien vermag, welche das Gesetz ihm auferlegt, wenn er die durch dasselbe vorgeschriebenen Vorsichtsmaßregeln fahrlässiger Weise unterlassen hat, sondern daß dies nur dann der Fall ist, wenn der Geschädigte sich absichtlich, oder, was nahezu dasselbe ist, in frevelhaftem Leichtsinn oder Uebermuth der Gefahr bewußter Weise ausgesetzt hat und dadurch verletzt worden ist.

Eine Verschuldung dieser Art läßt sich aber aus dem der klägerischen Curandin von Seiten des Beklagten vorgeworfenen und ihm unter Billigung der sententia a qua durch das erste

Digitized by Google

Erkenntniß zum Beweise verstellten Verhalten in keiner Weise begründen, wenn man auch immerhin die Unachtsamkeit, in welcher sie „in Gedanken versunken“ ihre Hand während des mit dem Knecht M. gepflogenen scherzhaften Gesprächs auf das obere Rad der Maschine legte, mit dem Beklagten als eine „grobe“ mag bezeichnen können. Denn eben nach den von dem Beklagten selbst angegebenen Umständen ließ sie es hiebei nur an der nöthigen Aufmerksamkeit fehlen, durch welche sie sich vor der von dem Betriebe der Maschine ihr drohenden Gefahr hätte hüten können, und lag ihr in dem fraglichen Augenblick jedes Bewußtsein der Gefährlichkeit ihres Thuns fern. Ebenso läßt sich aber auch daraus kein die eigene Fahrlässigkeit des Beklagten entschuldigender Vorwurf gegen sie ableiten, daß sie, um das bei ihrer Arbeit schon angeknüpfte scherzhafte Gespräch fortzusetzen, diese einen Augenblick unterbrach und sich neben den in der Nähe des Räderwerks beschäftigten Knecht M. hinstellte an einen Platz, auf welchen sich zu stellen nach der Behauptung des Beklagten die ihr aufgetragene Arbeit ihr keine Veranlassung bot. Denn es lag hierin nichts, was sie nicht thun durfte, und so wird auch hiedurch der ihr weiteres Verhalten allein treffende Vorwurf der Außerachtlassung der von dem unverdeckten Räderwerk der in Gang befindlichen Maschine ihr drohenden Gefahr, also eines augenblicklichen Mangels an Aufmerksamkeit, in keiner Weise verschärft.

Nach dieser ganzen Sachlage war daher die vom Beklagten der Klage entgegengesetzte Einrede nicht begründet und darum der ihm dieserhalb freigelassene Beweis zu streichen. Hieraus folgt aber alsdann, wie Beklagter auch in seiner Duplik ausdrücklich anerkannt hat, daß er die durch die Cur der klägerischen Curandin veranlaßten, seiner Behauptung nach bereits von ihm bezahlten Kosten zu tragen hat, deshalb den Betrag der von ihm dieserhalb angeblich gemachten Auslage nicht auf den der klägerischen Curandin noch geschuldeten Lohn in Abrechnung bringen durfte, und seinem weiteren Anerkenntnisse gemäß diesen für die Zeit vom 24. October 1875 bis zum 30. März 1876, an welchem Tage dieselbe definitiv aus seinem Dienste ausge-

Digitized by Google

schieden ist, zu zahlen hat. Gleichwie die Einrede der eigenen Verschuldung des ihr entstandenen Schadens war daher auch die daneben vorgeschützte und durch die sententia l. zum Beweise verstellte Compensationseinrede des Beklagten zu verwerfen, und war demgemäß die gegen die Bestätigung dieser Entscheidungen durch die Sententia a qua gerichtete Beschwerde des Klägers voll begründet.

Durch § 9 Abs. 2 der Verordnung vom 13. October 1875 sind ausdrücklich hinsichtlich des zu leistenden Schadensersatzes nicht nur, sondern auch hinsichtlich des dabei innezuhaltenden Verfahrens die Vorschriften der §§ 3, 4, 6—8 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 als normirend erklärt. Nach § 6 Abs. 1 dieses Gesetzes hat aber das Gericht über die Wahrheit der in Betracht kommenden thatsächlichen Behauptungen der Parteien unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen nach freiem Ermessen zu entscheiden, und ist es nach Abs. 3 ferner seinem Ermessen überlassen, ob und inwieweit über die Höhe des Schadens eine beantragte Beweisaufnahme anzuordnen oder Sachverständige mit ihrem Gutachten zu hören sind. Die Vorschriften der Landesgesetze sollen nach Abs. 2 nur soweit unberührt bleiben, als, was hier nicht der Fall ist, ein Beweis durch Eid oder die Beweiskraft öffentlicher Urkunden und gerichtlicher Geständnisse in Frage steht.

Nun steht im vorliegenden Falle die Lebensstellung der Klägerin soweit fest, daß danach das Gericht selbst von sich aus das Maß des danach zu ihrem Lebensunterhalt Erforderlichen bestimmen kann. Ebenso steht fest die Beschaffenheit der Verletzung, welche sie durch die Zerquetschung der vier Finger ihrer rechten Hand erlitten. Streitig ist nur, ob und in welchem Umfange ihre Erwerbsfähigkeit dadurch dauernd aufgehoben oder geschmälert ist. Darüber können unter allen Umständen nur Sachverständige entscheiden, und scheint es bei dieser Sachlage allein angemessen, wenn das Gericht, um für das freie Ermessen, nach welchem es in Gemäßheit des § 7 des Reichsgesetzes über die Höhe des Schadens zu erkennen hat, einen Anhalt zu gewinnen, von Amtswegen ein Erachten solcher einholt.

Digitized by Google

29. Zur Lehre von der Intercession.

Fa. 80. Str./1875.

Im Concurse der Gläubiger des Bauern F. in K. meldete der Kaufmann J. zu R. die für ihn im Hypothekenbuche der Bauerstelle des Gemeinschuldners Fol. I. eingetragene Forderung von 1001 Thlr. 16 ßl. an. Auf dieses Intabulat machte aber auch die Ehefrau des Cridars Anspruch, indem sie angab: Sie habe 1001 Thlr. 16 ßl. baar in die Ehe gebracht, ihr Mann habe in der hierüber ausgestellten Schuldverschreibung die Eintragung dieser Illatenforderung auf Fol. I. des über seine Vollstelle niederzulegenden Hypothekenbuches verwillkürt. Später habe er den Kaufmann J. um ein Darlehen angesprochen, der die gewünschte Summe, welche höchstens 860 Thlr. betragen habe, nur hergegeben habe unter der Bedingung, daß sie, die Ehefrau, die Wechselbürgschaft übernehme und dem Darlehnsgläubiger zur Sicherheit ihre Illatenforderung cedire. Sie habe sich durch das Vorgeben, daß es sich nur um eine Gefälligkeit handle, daß sie nie Verlust erleiden werde, da Frauengut immer wieder aus der Stelle herauskomme, verleiten lassen, die Cessionsacte, auf Grund deren der Posten demnächst auf den Namen des Cessionars eingetragen sei, auszustellen. Dieser Anspruch wurde in allen Instanzen zurückgewiesen, vom Oberappellationsgericht mittels Bescheides vom 17. December 1875.

Gründe:

Die Ehefrau des Cridars hält sich dadurch für beschwert, daß der Appellat J. sowie geschehen und nicht vielmehr sie an dessen Stelle im Prioritätserkenntnisse locirt worden ist, oder nicht mindestens bestimmt worden, daß der Appellat und die Appellantin ihren Streit über das Gläubigerrecht in einem besonderen Verfahren unter sich auszumachen hätten. Letzteres ist nicht weiter zu beachten, da über ihren angemeldeten Anspruch zwischen der Appellantin und dem Appellaten zu den Concursacten vollständig verhandelt worden und im Prioritätsurtheile entschieden ist.

Die Appellantin hat ihre Dotalforderung von 1001 Thlr. 16 ßl., welche ihr Ehemann in das über seine Hufe niederzulegende

Digitized by Google

Hypothekenbuch an erster Stelle eintragen zu lassen versprochen hatte, zu der verlesenen und von ihr genehmigten, auch unterkreuzten Registratur des Justizamtes zu Schönberg am 13. April 1870 dem genannten Kaufmann J. cedirt. Ihre jetzige Berufung darauf, sie hätte die Cessionsacte nicht verstanden, sei auch nicht über die rechtliche Bedeutung derselben aufgeklärt, hätte die Cession gar nicht ernstlich gewollt ꝛc., ist unbeachtlich. Nicht wesentlich anders steht es mit ihrer Behauptung, eine ungiltige Intercession für ihren Ehemann vorgenommen zu haben. Die Appellantin hat ihre Forderung cedirt und erkennt in der Erklärung zur Registratur vom 13. April 1870 an, die ihr gegen ihren Ehemann zuständige Forderung von 1001 Thlr. 16 ßl. von dem Cessionar J. baar ausgezahlt erhalten zu haben. Eine reine Cession, als welche sich die von ihr ertheilte äußerlich zu erkennen giebt, würde jedenfalls ebensowenig wie z. B. eine Zahlung oder Delegation auf Grund einer behaupteten Intercession angefochten werden können, weil dadurch keine fremde Verpflichtung übernommen wird, sondern durch eine solche Cession ebenso wie durch die anderen bezeichneten Rechtsgeschäfte, selbst wenn sie zu Gunsten eines Andern vorgenommen werden, die bezüglichen Vermögensobjecte sofort weggegeben werden, das Recht aber den Frauen durch die ihnen ertheilten weiblichen Rechtswohlthaten keinen Schutz gegen Aufopferungen aus ihrem Vermögen gewährt, vergl. L. 8 § 5 D. ad S. C. Vellej. (16, 1) „mulier enim per senatus consultum relevatur, non quae deminuit restituitur“ und Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts, 4. Auflage § 485 Nr. 5. — Die Appellantin behauptet nun aber, ihr Ehemann habe von J., wie diesem erkennbar und bewußt gewesen, das gezahlte Geld haben sollen und auch wirklich empfangen, sie selbst will nur die Wechselbürgschaft für Ersteren übernommen und außerdem zur Sicherheit des Letzteren ihre Dotalforderung cedirt haben. Verhielt sich die Sache so, wie die Appellantin hiemit angegeben, cedirte sie mithin ihre Forderung nur in securitatem für eine Schuld ihres Mannes, so

Digitized by Google

würde sich fragen, ob eine bloß in securitatem geschehene Cession, weil sie materiell nur eine Verpfändung enthält, bezüglich der Anfechtbarkeit wegen Intercession nach den Grundsätzen des letztgenannten, unzweifelhaft unter den Begriff einer Intercession fallenden Rechtsgeschäfts zu beurtheilen sei. Im vorliegenden Falle kann die bezeichenete Frage aber um deswillen dahingestellt und unentschieden bleiben, weil durch die nachstehende Erwägung jede Berufung auf eine ungiltige Intercession unbedingt ausgeschlossen erscheint.

Der Appellantin stand eine Dotalforderung in dem mehrgedachten Betrage gegen ihren Ehemann zu, und dieser hatte sich ihr gegenüber verpflichtet, dieselbe Fol. I des über seine Hufe zu eröffnenden Hypothekenbuchs intabuliren zu lassen, zu diesem Zwecke auch die Schuld- und Anerkennnungsacte vom 5. März 1870 vollzogen. Eine Restitution der dos enthielt letzere nicht, ebensowenig hat die Appellantin ihrer Angabe zufolge etwas für die Cession derselben erhalten, vielmehr soll die von J. gezahlte Summe Geldes ganz und unmittelbar ihrem Ehemann zugeflossen sein, so daß sie auch in keiner Weise bereichert sein würde. Darnach hatte die von der Appellantin vorgenommene Cession in ihrem Rechtsverhältnisse zu ihrem Ehemann überall keine Aenderung zur Folge und die Appellantin behielt ungeachtet der Cession ihre Dotalforderung ungeschmälert, war auch nicht behindert, selbige im Debitwesen ihres Ehemannes zur Generalmasse anzumelden. Andrerseits war nach ihrer Darstellung ihr Ehemann der wahre und eigentliche Schuldner des J. Indem die Appellantin mit der Cession der Dotalforderung zugleich ihren Anspruch auf deren Intabulation an erster Stelle auf J. übertrug, verzichtete sie zu dessen Gunsten für seine Forderung an ihren Ehemann auf das ihr zugesicherte Vorzugsrecht. Wenn nun die L. 21 Cod. ad Set. Vellej. (4, 29) bestimmt, daß ein Verzicht auf ein begründetes Pfandrecht zu Gunsten einer bestimmten Forderung oder einer bestimmten Person giltig und nicht als Intercession zu behandeln ist, so kann die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den gegen-

Digitized by Google

wärtigen Fall, wo die Appellantin keine bereits erworbene Hypothek, sondern ein Klagerecht auf Intabulation aus dem desfallsigen Versprechen ihres Ehemannes, mithin einen eventuellen Pfandvorzug aufgegeben hat, keinem Zweifel unterliegen.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts § 485 Anm. 8 und 8 a.

Der Vorwurf des bösen Glaubens bezw. des Betruges, welchen die Appellantin dem J. macht, hat keine selbständige Bedeutung, sondern ist nur eine andere Form, in welcher sie ihre Berufung auf die von ihr vorgenommene und dem J. bekannt gewesene Intercession wiederholt.

D. Familien- und Erbrecht.

30. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

I. Ru. $832/_{1875}$.

Eine verheirathete Frau, welche drei Monate nach Eingehung der Ehe ein Kind geboren hatte, belangte einen Dritten, mit dem sie früher verlobt gewesen war, pto. stupri et alimentorum. Der Beklagte gab zu, daß er mit der Klägerin während der kritischen Zeit vor der Geburt des Kindes concumbirt habe, bestritt aber, daß er der einzige Concumbent gewesen sei, insbesondere auch, daß die Klägerin ihren jetzigen Gatten erst kurz vor der Hochzeit persönlich kennen gelernt habe, und behauptete, der Ehemann habe das Kind bei dessen Taufe ausdrücklich als das seinige anerkannt und auf seinen Namen taufen lassen. Gleichwohl wurde der Beklagte ohne vorgängige Beweiserhebung in erster Instanz zur Zahlung gewisser Beiträge zu den Kosten der Taufe und des Wochenbetts, sowie zu denen der Alimentation des Kindes verurtheilt. Auf seine Appellation wurde ihm in zweiter Instanz der Beweis seiner Einrede dahin freigelassen:

„daß der Ehemann der Klägerin die Taufe des fraglichen

Digitized by Google

Kindes seiner Ehefrau auf seinen Namen durch seine ausdrückliche desfallsige Erklärung veranlaßt habe", vorbehältlich des Gegenbeweises, insbesondere auch dahin: „daß die Klägerin in der kritischen Zeit vor der Geburt des gedachten Kindes mit ihrem jetzigen Ehemann nicht concumbirt habe." Die dawider gerichtete Beschwerde wies das Oberappellationsgericht durch Bescheid vom 10. Januar 1876 zurück.

Gründe:

Hat der Ehemann der Klägerin wirklich zur Zeit möglicher Erzeugung des von ihr geborenen Kindes außerehelich mit ihr den Beischlaf vollzogen und demnächst bei der Taufe dasselbe in der dem Beklagten durch die sent. a qua zum Beweise verstellten Art als das seinige anerkannt, so ist dadurch allen Erfordernissen der Legitimation durch nachfolgende Ehe genügt, so daß dieses Kind demgemäß nicht bloß dem Ehemanne der Klägerin, sondern auch allen Dritten gegenüber für ein eheliches zu gelten hat, und würde Klägerin deshalb, wenn diese einredeweise von dem Beklagten behaupteten Thatsachen auf Wahrheit beruhen, nicht befugt sein, in Widerspruch hiemit für sich und ihr Kind einen Anderen als ihren Schwängerer in Anspruch zu nehmen und ihm gegenüber für sich und ihr Kind diejenigen Rechte geltend zu machen, welche die Verordnung vom 21. Juni 1847 der Mutter eines außerehelich erzeugten und unehelich geborenen Kindes dem muthmaßlichen Schwängerer gegenüber zugesprochen hat.

Demnach muß allerdings trotz der Bestreitung der Klägerin die vom Beklagten vorgeschützte Einrede der von derselben erhobenen Schwängerungs- und Alimentenklage gegenüber an sich für zulässig gehalten werden, und es kann sich nur fragen, ob der Beklagte außer der ihm zum Beweise verstellten, auf eine Anerkennung des Kindes durch den Ehemann der Klägerin hinweisenden Thatsache weiter auch noch die fernere von ihm behauptete Thatsache der möglichen Erzeugung durch denselben zu beweisen hat. Allein, ist es auch richtig, daß die Legitimation durch die der Erzeugung oder Geburt des Kindes nachfolgende Ehe nothwendig an die Voraussetzung geknüpft

Digitized by Google

und dadurch bedingt ist, daß der Ehemann in der kritischen Zeit vor der Geburt mit der Mutter geschlechtlichen Umgang gepflogen hat, so schließt doch die Anerkennung des Kindes als des seinigen unmittelbar das Geständniß dieser letzteren Thatsache in sich, und wird deshalb, wie nach Ausweis der in Seuffert's Archive XXI. 200, XXII. 287 und 288, XXIV. 242, abgedruckten und hiebei in Bezug genommenen Entscheidungen im Einklang mit der Theorie in der Praxis allgemein angenommen wird, dieses Anerkenntniß des Ehemannes für den Beweis seiner Vaterschaft und so auch für die geschehene Legitimation des Kindes durch die Ehe nach Art einer Rechtsvermuthung so lange als genügend betrachtet, bis von demjenigen, welcher diese Thatsachen bestreitet und ansicht, das Gegentheil, also die Unrichtigkeit dieses Anerkenntnisses und damit auch die Bedeutungslosigkeit desselben für den in Frage stehenden rechtlichen Thatbestand dargethan ist.

II. Ka. $1524/_{1877}$.

Der Erbpächter K. zu Z. hatte in seinem Testamente zu Erben eingesetzt seine Ehefrau, seine 6 überlebenden Töchter, die namentlich genannten Kinder von zwei vorverstorbenen Töchtern und eine Tochter seines einzigen Sohnes. Dieser vor dem Erblasser verstorbene Anerbe hatte freilich keine andern in der Ehe erzeugten Kinder hinterlassen, aber er hatte bei seiner Verheirathung einen vorehelichen Sohn seiner Frau in die Ehe übernommen, dessen Vormund nunmehr die Rechte eines durch nachfolgende Ehe legitimirten Kindes für seinen Curanden in Anspruch nahm. Er focht das Testament des väterlichen Großvaters wegen Präterition eines Notherben an und behauptete, daß in Folge der zu eröffnenden Intestaterbfolge die Erbpachthufe seinem Mündel, als dem durch das Gesetz berufenen Anerben zufalle. Der Erblasser hatte dieselbe einem Tochtersohn vermacht mit der Bestimmung, daß seine Wittwe bis zur Volljährigkeit

Digitized by Google

des Gehöftsnachfolgers den Nießbrauch haben sollte. Der klagende Vormund belangte nun auf Grund des vorstehend angedeuteten Thatbestandes die väterliche Großmutter seines Curanden auf Herausgabe der in ihrem Besitz befindlichen Hufe. Die Voraussetzungen der legitimatio per subsequens matrimonium wurden bestritten. Als solche hatte der Kläger angeführt: 1a. die Mutter seines Curanden habe schon vor der Ehe während der kritischen Zeit mit ihrem nachmaligen Gatten geschlechtlichen Umgang gepflogen und b. mit keinem andern Manne zu thun gehabt. Der erste Richter hatte beide Behauptungen unter Beweis gestellt, der zweite hatte die Thatsache 1a. für ausreichend erklärt. 2. Der Ehemann der Mutter habe den Curanden wiederholt ausdrücklich als seinen Sohn anerkannt. 3. Auch der Vater des Ehemanns habe den Curanden als seinen Enkel anerkannt. In beiden Vorinstanzen war die Behauptung ad 2 als relevant zum Beweise gestellt, die ad 3 als unerheblich bezeichnet.

Das Oberappellationsgericht bestätigte das zweitinstanzliche Urtheil durch Bescheid vom 11. October 1877.

Gründe:

Die Legitimation eines unehelichen Kindes durch die nachfolgende Ehe seiner Eltern beruht ihrem Wesen nach auf der unerläßlichen Voraussetzung, daß der Ehemann der Mutter der Erzeuger des Kindes sei. Dieses muß indessen für ausreichend constatirt gelten, wenn feststeht, daß die Ehegatten vor der Geburt des Kindes während der Empfängnißzeit in geschlechtlichem Verkehr mit einander gestanden haben, weil die dadurch gerechtfertigte Folgerung, das Kind sei die Frucht dieses vorehelichen Umganges, nicht durch die bloße Möglichkeit, sondern nur durch die in das Bereich des Gegenbeweises fallende bestimmte Thatsache, daß die Mutter während derselben Zeit auch mit andern Männern zu thun gehabt habe, erschüttert werden kann. Mit Recht ist deshalb durch das vorige Urtheil der zweite Theil des im erstinstanzlichen Bescheide unter II. 1a. dem Kläger aufgegebenen Beweises gestrichen, während der Beklagten ein positiver Gegenbeweis in

Digitized by Google

dieſer Richtung aus dem vom vorigen Richter gleichfalls bereits zutreffend hervorgehobenen Grunde, weil ſie nämlich eine entſprechende Behauptung aufzuſtellen unterlaſſen hat, nicht offen gehalten werden konnte. Nach dem übereinſtimmenden, unangefochten gebliebenen Ausſpruche beider bisher ergangener Erkenntniſſe iſt der Kläger des ihm unter II. 1a. aufgegebenen Beweiſes überhoben, wenn es wahr iſt, daß der verſtorbene Gehöftserbe K. den klägeriſchen Curanden als ſeinen Sohn anerkannt hat. Dieſe unter II. 1b. electiv zum Beweiſe verſtellte Klagbehauptung hält der Kläger für bereits liquide, obwohl die Beklagte alle von ihm referirten Aeußerungen des K., welche eine Anerkennung ſeiner Vaterſchaft enthalten würden, beſtimmt und ſpeciell beſtritten hat. Er monirt, daß die Beklagte auch rückſichtlich der anerkennenden Erklärung, welche der Verſtorbene noch auf ſeinem Todtenbette im Geſpräche mit ſeinem Vater in ihrem Beiſein abgegeben haben ſoll, nur ſagt, ſie wiſſe davon nichts; allein eine im Sinne des § 26 der Niedergerichtsordnung ungenügende Einlaſſung iſt darin nicht zu befinden, vielmehr hat die Beklagte mit jenen Worten deutlich genug zu erkennen gegeben, daß ſie die ihrem Sohne zugeſchriebenen Aeußerungen, von denen ſie nichts wiſſe, d. h. die ſie nicht gehört habe, in Abrede nehmen wolle. Den beiden Vorerkenntniſſen iſt ferner auch darin beizupflichten, daß die sub II. 1b. mit Recht noch unter Beweis geſtellte Klagbehauptung keineswegs erſetzt werde durch die nach der Anſicht des Klägers gleichwerthige Thatſache, daß ſein Curande durch den Vater des K. als Enkel anerkannt ſei. Die rechtliche Bedeutung der Legitimation im Gegenſatze zu der in den Formen der Arrogation und Adoption ſich vollziehenden Annahme an Kindes Statt beſteht ja eben darin, daß ſie das Mittel iſt, unehelichen Kindern ihrem Erzeuger gegenüber die Rechte ehelicher zu verſchaffen. Daraus folgt von ſelbſt, daß die Anerkennung eines vorehelichen Kindes der Ehefrau durch den Ehemann nicht in der Bedeutung eines dispoſitiven Actes, alſo einer in ſich ſelbſtändigen, von ihrer thatſächlichen Grundlage unabhängigen Willenserklärung legi-

Digitized by Google

timirend wirkt, sondern nur als ein vollgültiges Geständniß eines innerhalb der gesetzlichen Empfängnißzeit gepflogenen vorehelichen Geschlechtsverkehrs den Beweis der Vaterschaft entbehrlich macht. Daß aber die Anerkennung eines unehelichen Enkels durch den väterlichen Großvater nicht geeignet ist, diese für die Legitimationsfrage entscheidende Thatsache festzustellen, ist einleuchtend. An diesem Ergebnisse wird für den vorliegenden Fall auch durch den vom Kläger besonders betonten streitlosen Umstand nichts geändert, daß K. nach seiner Verheirathung mit der Mutter des klägerischen Curanden einen eigenen Hausstand nicht begründet hat, sondern getrennt von seiner Ehefrau, welche im elterlichen Hause verblieb, bis an sein Lebensende in abhängiger Stellung auf dem väterlichen Gehöfte seinen Aufenthalt gehabt hat.

Erbringt der Kläger einen der beiden bisher besprochenen Beweise, so constatirt er dadurch, daß sein Curande als durch nachfolgende Ehe legitimirter Sohn des K. zu den gesetzlichen Erben seines väterlichen Großvaters, der den Vater überlebt hat, gehöre, und dessen Testament, da er in demselben übergangen worden, zu der Wirkung anfechten könne, daß die im § 1 enthaltenen Erbeinsetzungen als solche wegfallen, und die Intestaterbfolge eröffnet wird. Wie danach der curandische Erbtheil namentlich auch in Berücksichtigung der dem Testamente angehängten Codicillarclausel zu berechnen sein würde, ist hier nicht zu untersuchen, da diese Frage nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites ist. Der Kläger fordert für seinen Curanden als den nach § 6 der Verordnung vom 24. Juni 1869 zur Gehöftsnachfolge zunächst berufenen Nachkommen des Erblassers lediglich die Herausgabe des großväterlichen Erbpachtgutes, welches die Beklagte seit dem Tode ihres Ehemannes in nießbräuchlichem Besitze hat. Dieser Anspruch läßt sich darauf allein, daß der Curande ein im Testament übergangener Notherbe ist, nicht begründen, denn nach bekannter gesetzlicher Vorschrift der Nov. 115 cap. 3 § 14 bleiben die in dem Testamente außer der Erbeinsetzung enthaltenen Bestimmungen, insbesondere die angeordneten Vermächtnisse,

Digitized by Google

von der Präterition eines Notherben ganz unberührt; im vorliegenden Falle hat aber der Erbpächter K. von der ihm durch die landesherrliche Verordnung von 1869 § 12 Abs. 1 beigelegten Befugniß, über seine Hufe letztwillig zu verfügen, Gebrauch gemacht, indem er dieselbe im § 4 seines Testamentes seinem Enkel W., dem ältesten Sohne der im § 1 unter Nr. 6 eingesetzten Tochter, vermacht hat. Um für das gesetzliche Anerbenrecht seines Curanden Raum zu schaffen, muß der Kläger daher dieses formell rechtsbeständige Vermächtniß beseitigen, und zu solchem Zwecke hat er behauptet und darzulegen versucht, daß dasselbe dem wahren Willen des Erblassers nicht entspreche, insofern Letzterer 1) über die Erbberechtigung des klägerischen Curanden zur Zeit der Testamentserrichtung im Irrthum sich befunden habe, und

2) ohne solchen Irrthum die Hufe dem W. nicht zugewandt haben würde.

Durch das von der Beklagten unangefochten gelassene erstinstanzliche Erkenntniß sind diese beiden Behauptungen unter II. 2 a. b. cumulativ zum Beweise verstellt. Damit ist bereits rechtskräftig anerkannt und bedarf daher einer erneuerten Darlegung nicht, daß die Erbringung dieser beiden Beweise ausreichen würde, das in Rede stehende Legat zu entkräften und dem klägerischen Curanden, wenn er der durch nachfolgende Ehe legitimirte Sohn des vorverstorbenen einzigen Sohnes des Erblassers, mithin dessen durch das Gesetz berufener Anerbe ist, die Gehöftsnachfolge zu sichern. Der erste dieser beiden Beweise ist in Folge zweifellos begründeter Beschwerde des Klägers durch das zweitinstanzliche Urtheil gestrichen. Wird der Legitimationsbeweis geführt, so bedarf es daneben nicht noch des Nachweises, daß der Erblasser sich über die Erbberechtigung des klägerischen Curanden im Irrthum befunden habe, denn alsdann besteht hierrüber Einverständniß, da die Beklagte wiederholt mit Nachdruck behauptet hat, ihr verstorbener Ehemann sei ebenso wie sie selbst stets der Meinung gewesen, daß der klägerische Curande von ihrem Sohne nicht abstamme, mithin zu ihren erbbe-

Digitized by Google

rechtigten Nachkommen nicht gehöre. Anders verhält es sich mit dem Beweissatze II. 2, b. Weshalb der Erblasser unter seinen zahlreichen Kindern und Enkeln gerade den W. zu seinem Gehöftsnachfolger erkoren hat, bleibt völlig unaufgeklärt; jedenfalls hat er dabei auf die in der Verordnung von 1869 vorgeschriebene Intestaterbfolgeordnung nicht die mindeste Rücksicht genommen, und es ist daher keineswegs ohne Weiteres anzunehmen, daß er das gesetzliche Anerbenrecht des klägerischen Curanden respectirt haben würde, wenn er denselben für seinen erbberechtigten Enkel gehalten hätte.

Es läßt sich auf Grund der bis jetzt vorliegenden Thatsachen nur sagen, daß der Erblasser den klägerischen Curanden, wenn er denselben für erbberechtigt gehalten hätte, ebenso wie dessen Schwester instituirt haben würde, ob er ihm aber unter jener Voraussetzung das Erbpachtgut hinterlassen hätte, bleibt zur Zeit völlig ungewiß.

Es bleibt übrig zu erwägen, ob eine Erleichterung der nach vorstehenden Erörterungen den Kläger treffenden Beweislast dadurch erzielt werden könnte, daß seine Klage als interdictum quod legatorum aufgefaßt würde. Er hatte in der Klagschrift auf die Möglichkeit einer solchen Auffassung hingewiesen und beschwert sich nun darüber, daß der vorige Richter hierauf aus dem Grunde nicht eingegangen ist, weil der Klagantrag nicht passe, die eventuelle Hervorhebung des Interdicts mithin nur als eine unrichtige Charakterisirung des eingeklagten Anspruchs angesehen werden könne. Dem gegenüber giebt der Kläger zu, daß er seine volle Intention, nämlich die definitive Herausgabe der Hufe auf Grund richterlicher Anerkennung der Nichtigkeit des angefochtenen Vermächtnisses nur mit der principaliter erhobenen Erbschafts- bezw. Eigenthumsklage erreichen könne, er meint aber, daß er doch wenigstens zum Theil das erstrebte Ziel erreiche, wenn er nur einstweilen in den factischen Besitz der Hufe gelange und dadurch in die Lage komme, die petitorische Klage des Legatars abwarten zu können. Diese ganze Argumentation ist gegenstandslos, da die Voraussetzungen des Interdicts hier gar nicht gegeben sind.

Digitized by Google

Die Beklagte hat sich nicht eigenmächtig in den Besitz gesetzt, sie bewirthschaftet die Hufe seit dem Tode ihres Ehemannes auf Grund der im § 4 des Testaments zu ihren Gunsten getroffenen Bestimmung, sie handelt in dieser Beziehung mit Zustimmung der Testamentserben. Schon aus diesem Grunde haftet sie aus dem Interdicte nicht, und überdies setzt die summarisch zu behandelnde Klage voraus, daß die Erbenqualität des Klägers feststehe und nicht erst durch Anfechtung des Testaments und Beseitigung der darin enthaltenen Erbeinsetzungen erstritten werden müsse.

---

31. Nichtigkeit der Ehe wegen wahlentscheidenden Irrthums. Da. $449/_{1876}$.

Der klagende Ehemann forderte die Lösung seiner Ehe, in welcher ihm während eines zehnjährigen Bestandes drei Kinder geboren waren, indem er behauptete:

Die Frau sei nicht lange nach der Verheirathung von immer sich wiederholenden epileptischen Krämpfen befallen und trotz der ärztlichen Behandlung das Uebel nicht gehoben. Endlich, nachdem alle Versuche erschöpft, habe der Arzt das Leiden für unheilbar erklärt, „und erfuhr ich nun erst durch dessen Attest, daß die fragliche Krankheit schon vor der Verheirathung mit mir bei meiner Frau vorhanden gewesen, mir aber von ihr und deren Eltern verheimlicht sei, was auch sicher zu behaupten ich Ursache habe." Ein wesentlicher Irrthum in der Person und absichtliche Verheimlichung eines schweren Gebrechens gebe Grund zur Annullirung der Ehe. — Hiesige Entsch. Bd. IV. pag. 253 ff. und der Ausspruch Luthers dort pag. 257. — Dazu komme, daß für die Kinder in deren Alter nach ärztlichem Ausspruche die höchste Gefahr der Uebertragung der Krankheit durch täglichen Umgang und Anblick vorhanden sei. Dies habe ihn veranlaßt, mit der Frau und deren Vater

Digitized by Google

eine vergleichsweise Vereinbarung über die Auflösung der Ehe zu schließen und die factische Entfernung der ersteren zu bewirken. Die Frau gestehe das Vorhandensein ihres Gebrechens vor der Ehe jetzt zu, habe es auch dem Arzte laut dessen Attestes gestanden. Ein solcher Vergleich sei giltig und rechtswirksam — Braun, Erört. zu Thibaut § 580, Glück, Commentar V. pag. 49, 50, Holzschuher, Casuistik II. Abthl. 2 pag. 920, Göschen, Vorles. II. pag. 488.

Der Kläger beantragte, den Vergleich richterlich zu bestätigen und auf Grund desselben event. auf Grund der, ihm unbekannt, vor der Ehe vorhanden gewesenen und ihm verheimlichten Epilepsie der Ehefrau die Ehe aufzulösen.

Die Beklagte gab zu, an epileptischen Krämpfen zu leiden, leugnete aber deren constatirte Unheilbarkeit und behauptete, daß erst während der Ehe nach der Geburt des zweiten Kindes die Krankheit, welche der Kläger damals sofort wahrgenommen habe, entstanden sei. Da die Anfälle nur Nachts eintreten, so könnten die Kinder, welche das Schlafgemach der Mutter seit deren Erkrankung nicht mehr theilten, darunter nicht leiden. Die Vergleichsurkunde habe sie aus Angst unterschrieben, geschieden wolle sie nicht sein.

Die Klage wurde abgewiesen. Das Oberappellationsgericht bestätigte dieses Urtheil durch Bescheid vom 25. September 1876.

Gründe:

Die Auffassung des Klägers, es sei die Auflösung der Ehe durch Uebereinkunft der Ehegatten schon nach gemeinem Rechte, namentlich aber seit Emanation des Reichsgesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 statthaft, ist eine unhaltbare. Dies Gesetz verfügt nur über die Eingehung der Ehe, es bestimmt die Erfordernisse, die Form und die Beurkundung der Eheschließung, und der Umstand, daß für die Rechtsbeständigkeit derselben nicht mehr wie früherdie kirchliche Trauung erforderlich, sondern nur die vor dem Standesbeamten in Vorschrift des § 52 abzugebende Erklärung der Verlobten wesentlich ist,

Digitized by Google

verändert an dem Wesen der Ehe selbst nichts. In diesem ist es aber begründet, daß die Ehe, wenn sie rechtsbeständig eingegangen ist, in ihrer Fortdauer nicht der beliebigen Verfügung der Ehegatten unterliegt, daß vielmehr ihre Auflösung nur aus denjenigen Gründen erfolgen kann, welchen das gemeine und das Landesrecht eine solche Wirkung beilegt, und hat in Anerkennung dessen das gedachte Reichsgesetz auch Vorschriften über die Gründe, aus welchen eine Ehescheidung erfolgen kann, nicht getroffen. Daß zu solchen eine wenn auch unheilbare Krankheit, welche einen der Ehegatten während der Ehe befällt, nicht gehört, ist anerkannten Rechtens, und sonstige Scheidungsgründe sind nicht angeführt.

Die sodann begehrte Annullation der Ehe ist, wie aus der jetzigen Rechtfertigungsschrift des Klägers hervorgeht, nicht darauf gestützt, daß die Beklagte schon vorher eine bloße Disposition zu derjenigen Krankheit, welche sich während der Ehe ausgebildet, in sich getragen habe, sondern sie ist darauf begründet, daß die epileptischen Krämpfe, welche sich jetzt als unheilbare herausgestellt hätten, schon vor der Ehe sich bei der Beklagten gezeigt hätten, sowie event. darauf, daß der Krankheitszustand dem Kläger von der Beklagten und deren Angehörigen verheimlicht sei. In letzterer Beziehung ist jedoch sofort hervorzuheben, daß Kläger diesen Vorwurf, welchen er schon in der Klage erhob und in jetziger Instanz wiederholt, nicht in diesem Umfange aufrecht erhalten hat. Er sagt in der vor der Justiz-Canzlei stattgehabten Verhandlung ausdrücklich, er wolle nicht behaupten, daß die Beklagte und deren Angehörige gewußt hätten, dieselbe sei epileptisch, sondern nur, daß jene vor der Verheirathung gewußt hätten, sie litte an einem dauernden Leiden. Es kommt deshalb nur die Behauptung in Betracht, daß die Epilepsie der Beklagten eine unheilbare sei und daß diese schon vor der Ehe bei ihr bestanden habe.

Die Annullation einer Ehe kann nur alsdann begehrt werden, wenn der bei deren Eingehung bereits vorhandene und später entdeckte Mangel eine Eigenschaft betrifft, welche das

Digitized by Google

Wesen der Ehe selbst berührt. Daß die Beklagte bald nach Schließung der Ehe von epileptischen Krämpfen befallen wurde, ist dem Kläger nicht unbekannt geblieben, derselbe hat aber diese Krankheit nicht für so schwer wiegend erachtet, daß sie die Ehefrau zur Fortsetzung der Ehe untüchtig mache, und die Erfahrung der nächsten Jahre hat gezeigt, daß dies auch keineswegs der Fall gewesen ist. Die Eheleute haben zehn Jahre miteinander in häuslicher Gemeinschaft gelebt, der Kläger hat fortdauernd mit der Frau ehelich verkehrt, so daß drei Kinder geboren sind, und daraus ergiebt sich ohne Weiteres, daß die Zwecke der Ehe zu erfüllen waren und erfüllt sind. Wenn das häusliche Leben durch das Leiden der Frau auch mannigfach getrübt sein mag, so ist das ein Unglück, welches mit christlicher Geduld weiter getragen werden muß. Der Kläger beruft sich freilich darauf, daß die Krankheit eine unheilbare sei, und sollte es hierauf im Hinblick auf das Vorstehende noch ankommen, so kann er doch hierfür andere Gründe als das Erachten des behandelnden Arztes nicht anführen, welcher erklärt hat, daß ihm andere Mittel, als die bisher ohne Erfolg angewandten, nicht zu Gebote stehen. Will man auch annehmen, daß die Unheilbarkeit hiedurch positiv festzustellen sei, so liegt doch nichts dafür vor und der Kläger hat auch nicht behaupten können, daß dieselbe schon bei Eingehung der Ehe bestanden habe. Es ist aus seinen Angaben nicht zu entnehmen und er kann mit irgend welcher Sicherheit nichts darüber constatiren, in einem wie hohen Grade und in welcher Stärke die Beklagte schon vor der Ehe an Krämpfen gelitten habe, aus dem beigebrachten Atteste geht sogar hervor, daß sich in den ersten Jahren der Ehe eine bedeutende Besserung gezeigt hat, und es erhellt soviel mit Bestimmtheit, daß der damalige Zustand das eheliche Zusammenleben nicht gehindert hat. Ist sodann eine Verschlimmerung eingetreten, so kann dies auf die frühere Zeit der Eheschließung, und nur auf diese kommt es an, nicht zurückwirken, und der Ehemann erscheint nicht berechtigt, wegen eines Leidens, welches sich erst im Verlaufe der Ehe und vielleicht in

Digitized by Google

Folge des ehelichen Lebens zu einem unheilbaren gestaltet und welches ihn trotz der Kenntniß desselben nicht abgehalten hat, lange Zeit hindurch mit der Frau in ehelicher Gemeinschaft zu leben, die Annullation zu begehren.

---

32. Uebergang der Dotalprivilegien auf die Concursgläubiger einer noch lebenden Ehefrau. Augmentum dotis. Ga. $597/_{1879}$.

Die Ehefrau des Kaufmanns G. in G. hatte die überschuldete Erbschaft ihres Ehemannes cum beneficio inventarii angetreten und dessen Handelsgeschäft fortgeführt, gewann aber nach kurzer Zeit die Ueberzeugung, daß sie sich nicht halten könne, und trat daher unter Vorbehalt ihrer Dotalforderung den Nachlaß an die Erbschaftsgläubiger ab. Wenige Tage später mußte sie auch ihre eigne Insolvenz erklären. Der Vertreter ihrer Gläubiger meldete die Forderung im Nachlaßconcurse an, indem er dafür die Dotalprivilegien in Anspruch nahm, die ihm denn auch durch reformirendes Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 21. Januar 1875 zuerkannt wurden.

Gründe:

Es fragt sich, ob die Concursgläubiger der noch lebenden Ehefrau das dieser selbst durch die L. 12 pr. § 1 C. qui potior. in pignore (8, 18) rücksichtlich ihrer Dotalforderung eingeräumte Pfandprivilegium auch für sich in Anspruch zu nehmen befugt sind.

Die Prioritäts-Sentenz hatte diese Frage wegen der höchst persönlichen Natur dieses Privilegiums schlechthin verneint, die Sententia II. aber ist um deswillen nicht zu einer Beantwortung dieser Frage gelangt, weil sie schon aus einem andern Grunde dem liquidirten Dotalanspruch dieses Privilegium versagen zu müssen geglaubt hat, nämlich mit Rücksicht auf die in der Nov. 97 cap. 2 enthaltene Bestimmung, wonach das augmentum dotis, wozu auch die nicht sogleich bei Ein-

Digitized by Google

gehung der Ehe, sondern später erst geschehene Bestellung der Dos zu rechnen sein soll, — vergl. Dernburg, Pfandrecht II. Seite 445 f., — dieses Privilegium nur dann zu genießen habe, wenn Grundstücke in dotem gegeben seien.

Allein wenn auch nach den bezüglichen Textesworten der erst im Laufe des 16. Jahrhunderts bekannt gewordenen griechischen Novellensammlung die Nov. 97 cap. 2 der von der Frau während bestehender Ehe nachträglich vorgenommenen Vermehrung der Dos, sobald dieselbe nicht in Grundstücken beschafft ist, von dem Falle abgesehen, da der Mann zur fraglichen Zeit schuldenfrei war, und deshalb kein Verdacht einer betrügerischen Absicht obwaltete, den Gläubigern des Mannes gegenüber das Dotalprivilegium ganz allgemein abspricht, so wird doch nach der hier, wie die neueste kritische Ausgabe des Authenticum von G. Heimbach (Lipsiae 1857) zeigt, völlig feststehenden Lesart der den Glossatoren allein bekannten, daher auch allein von ihnen glossirten alten lateinischen Uebersetzung der Justinianischen Novellen, der Lectio oder Litera vulgata, dem augmentum dotis dieses Privilegium nur dann versagt, wenn die Frau, obwohl sie Grundstücke besaß, was hier entschieden nicht der Fall war, dasselbe in Mobilien bestellte.

In Beziehung auf die practische Anwendung des Römischen Rechts hat aber trotz vielfacher in der Theorie dagegen erhobener Angriffe bis auf die neuere Zeit herab die früher allgemein herrschende, in jüngster Zeit von Osenbrüggen in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XVII. Seite 382—412, noch wieder mit großer Entschiedenheit vertheidigte, auch von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts § 17 Anmerk. c. und f., und Windscheid, Pandekten, § 3 Anmerk. 6 gebilligte Ansicht noch immer eine überwiegende Geltung behauptet, daß, wo der Text der griechischen Novellensammlung Abweichungen von dem der Vulgata zeigt, die Lesart der letzteren, sobald sie nicht augenscheinlich corrupt ist, den Vorzug verdient. Daß die Lesart der Vulgata hier aber eine durch Corruption des von dem Uebersetzer benutzten

Digitized by Google

griechischen Textes oder durch einen Uebersetzungsfehler veranlaßt sein müsse, läßt sich weder aus äußeren, noch auch nur aus inneren Gründen nachweisen, da dieselbe einen durchaus verständigen und ebenso angemessenen Sinn, wie die des uns vorliegenden griechischen Textes giebt, andererseits aber auch nach der einen wie nach der anderen Lesart der gesetzliche Inhalt des cap. 2 der Nov. 97 sich weder, was den darin entwickelten Gedanken, noch was den Satzbau betrifft, durch logische Folgerichtigkeit, strenge Systematik und Präcision auszeichnet.

Demgemäß haben denn auch weder die Glossatoren, noch sonst Jemand bis zu dem Bekanntwerden des griechischen Novellentextes an der Lesart der Vulgata hier Anstoß genommen, und auch in der späteren Zeit bis in das zweite Viertel dieses Jahrhunderts ist die Beschränkung, welcher nach der Lesart des griechischen Textes der Nov. 97 cap. 2 das Pfandprivilegium der Dotalforderung hinsichtlich des nicht in Grundstücken bestellten augmentum dotis allgemein unterliegen soll, trotzdem daß Cujacius in seiner Expositio Novellarum dieselbe mit größter Präcision und Schärfe hervorgehoben hatte, in den gangbaren Lehr- und Handbüchern des Pandektenrechts, wie des Pfandrechts so gut wie unbeachtet geblieben, was übrigens annähernd ebenso auch hinsichtlich des geringeren Umfangs gilt, den diese Beschränknng nach der Lesart der Vulgata hat, und wohl darauf beruht, daß diese ganze Beschänkung in unmittelbarem Zusammenhang mit den Bestimmungen Justinians über das Verhältniß der Dos zur Donatio propter nuptias steht, und letztere in unser Rechtsleben nicht übergegangen ist.

Wenn daher auch durch die neueren theoretischen Darstellungen des Römischen Rechts in dieser Lehre die hinsichtlich des augmentum dotis durch die Nov. 97 cap. 2 eingeführte Beschränkung des Dotalprivilegiums wieder in Erinnerung gebracht ist, so läßt sich doch mit Fug bezweifeln, ob dieselbe in unserem Rechtsleben überall practische Geltung erlangt hat, und jedenfalls darf dieselbe nicht über den Fall

Digitized by Google

ausgedehnt werden, auf welchen dieselbe nach der Lesart der Versio vulgata, welcher auch die Fassung der der L. 19 C. de donat. ante nupt. (5, 3) beigefügten Auth. „Sed jam necesse est“ entspricht, allein sich bezieht. In Einklang hiemit hat das Oberappellationsgericht in der in Nettelbladt's Rechtsprüchen IV. Seite 47 ff. abgedruckten Entscheidung vom 11. März 1829, der Auctorität der Vulgata lectio folgend, dahin erkannt, daß das privilegium dotis auch bei dem augmentum dotis ohne Beschränkung auf Immobilien regelmäßig Platz greife. Hieran ist auch jetzt noch festzuhalten, da eine entgegenstehende gemeinrechtliche oder particularrechtliche Praxis sich nicht nachweisen läßt, und bedarf es nur der Bemerkung, daß selbstverständlich, wenn die behauptete Vermehrung des Heirathsguts während bestehender Ehe nur betrüglich vorgespiegelt ist, dieselbe keine Beachtung zu finden hat, und daß weiter, sobald sich in dieser Beziehung auch nur Verdacht erhebt, der Beweis dieser Vermehrung und des wirklichen Einbringens derselben in das Vermögen des Mannes auf andere Weise, als durch den bezüglichen Dotalvertrag und das Empfangsbekenntniß des Ehemannes geführt werden muß, da dies in der Consequenz der Bestimmungen der Nov. 97 cap. 2 nach beiderlei Lesarten derselben liegt.

Diesen Ausführungen gemäß kann daher der Grund, aus welchem die Sententia a qua dem liquidirten Dotalanspruche der Ehefrau das für denselben behauptete Pfandprivilegium versagen zu müssen geglaubt hat, nicht für richtig gehalten werden, und es muß daher unmittelbar auf die Prüfung der von der Prioritäts-Sentenz verneinten Frage eingegangen werden, ob dies Privilegium auch den Gläubigern der in Concurs gerathenen, noch lebenden Ehefrau zu gut kommt. Diese Frage mußte aber bejaht werden.

Zwar ist es richtig, daß dies durch die L. 12 pr. § 1 C. qui potior. in pignore hab. (8, 18) eingeführte Pfandprivilegium auf dem Gedanken einer Uebertragung des der Ehefrau schon nach älterem Recht für ihre Dotalforderung

Digitized by Google

anderen persönlichen Gläubigern ihres Ehemannes gegenüber zustehenden privilegium exigendi auf das durch die L. un. § 1 C. de R. U. A. (5, 13) ihr hiefür eingeräumte gesetzliche Pfandrecht in dessen Verhältniß zu demjenigen anderer Pfandgläubiger beruht und gleich jenem ersteren Privilegium höchst persönlicher Natur, ein privilegium personae, ist. Daraus folgt denn auch von selbst, daß dies privilegium mit ihrem Tode erlischt, also nicht auf ihre Erben übergeht, nach dem in L. 68 D. de R. J. (50, 17) und in L. 196 eod. von Modestinus ausgesprochenen Princip, wonach bei dem Wegfall, wie es in ersterer, bei dem Tode der betreffenden Person, wie es in letzterer Stelle heißt, ein derartiges privilegium untergeht, also nicht auf ihre Erben transmittirt wird, wie solches auch für dies privilegium dotis in der L. un. C. de privilegio dotis (7, 74) welche ursprünglich nur auf das persönliche privilegium exigendi sich bezog, jetzt aber auf dies Pfandprivilegium sich bezieht, ausdrücklich ausgesprochen ist. Etwas Weiteres als dies eben hat daher auch weder in dem § 29 J. de actionibus (4, 6) in den Worten „praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote experiatur, cujus solius providentia hoc induximus", noch in den Schlußworten der Nov. 61 cap. 1 „nemini enim ex reliquis, excepta muliere, illud privilegium aut ab initio dedimus, aut nunc damus", ausgedrückt werden sollen; nur ist hierin zugleich darauf hingewiesen, daß dies Privilegium auch dem Vater und ebenso dem dritten Besteller der Dos nicht zu gut kommt, wenn diesen etwa die Rückforderung einer dos profectitia oder dos receptitia nach dem Tode der Frau zustehen sollte.

Nur zu Gunsten der ihre Mutter beerbenden Kinder ist mit Rücksicht auf den möglichen Fall ihrer Concurrenz mit einer Stiefmutter schon in der L. 12 § 1 C. qui potior. in pignore (8, 18) eine Ausnahme von diesem Grundsatze gemacht, indem es rücksichtlich ihrer hier so angesehen werden soll, als ob ihre Mutter noch lebte, „quasi adhuc vivente matre

Digitized by Google

eorum", und in der Nov. 91 praef. cap. 1 demnächst dies auf die Kinder der verstorbenen Ehefrau übertragene Vorzugsrecht der auf sie vererbten Dotalforderung nach einzelnen Seiten hin noch näher bestimmt worden.

Dabei findet sich nun aber in der praefacio dieser Novelle wieder gesagt: „Neque enim aliis, sive heredibus sive creditoribus sed solis liberis hoc privilegium dedimus", und da hienach der Uebergang des Privilegiums auf die Creditoren der Ehefrau als ausgeschlossen ausdrücklich bezeichnet wird, so könnte hierin füglich ein besonderer weiterer Anhalt für die Entscheidung der Prioritäts-Sentenz gefunden werden, welche den Concursgläubigern der Wittwe G. das dieser selbst zustehende Pfandprivilegium versagt.

Allein nach dem ganzen Zusammenhange, in welchem diese Aeußerung hier steht, ist es klar, daß darin die Ehefrau, um deren Dotalforderung es sich hier handelt, als verstorben vorausgesetzt ist, und die Gläubiger derselben mit deren übrigen Erben hier auf gleiche Linie gestellt werden, demnach Justinian rücksichtlich ersterer den Fall im Auge hat, daß selbige zur Erlangung ihrer Befriedigung sich in den erblosen Nachlaß der verstorbenen Ehefrau einweisen lassen, worüber zu vergleichen Bethmann-Hollweg, Der Römische Civilproceß II. § 106 zu Note 47 und 48 Seite 566 und III. § 159 zu Note 6 Seite 317, desgleichen Mühlenbruch, Pandekt. § 156 I. 5. Es werden hier also nur die in den Nachlaß immittirten Gläubiger der verstorbenen Ehefrau deren übrigen Erben außer den Kindern in Beziehung auf den Uebergang des Dotalprivilegiums gleichgestellt, und ist danach diese Aeußerung nur als eine Schlußfolgerung aus dem sonst feststehenden Satze zu betrachten, daß dieses Privilegium als solches mit dem Tode der Frau erlischt. Es ist daher nicht zulässig, hieraus einen Schluß auf den Fall zu bilden, da die noch lebende Ehefrau in Concurs verfallen ist, und in Folge der geschehenen Missio in bona oder Cessio bonorum ihre Concursgläubiger die ihr zustehende Dotalforderung statt ihrer

Digitized by Google

wider den Nachlaß ihres verstorbenen Ehemannes geltend machen.

Vielmehr kommt es rücksichtlich der für diesen Fall abzugebenden Entscheidung nur auf das Verhältniß an, in welchem diese Gläubiger zu ihrem Vermögen und zu dieser Forderung stehen. In dieser Beziehung darf aber diejenige Ansicht jetzt als durchgedrungen und allgemein herrschend betrachtet werden, daß die Concursgläubiger weder Universalsuccessoren des Cridars, noch auch rücksichtlich der demselben zustehenden Forderungen als dessen Cessionare anzusehen sind. Uebergegangen ist durch die Eröffnung des Concurses vielmehr nur die dem Cridar über sein Vermögen und dessen einzelne Bestandtheile zuständig gewesene, so lange der Concurs schwebt, ihm entzogene Verfügungsgewalt. Rechtlich ist dagegen, wie es für den hier vorliegenden Fall der Cessio bonorum auch in der L. 3 D. de cess. bonor. (42, 3) klar ausgesprochen ist, bis zum Verkaufe der Masse der Cridar selbst noch immer Subject dieses Vermögens, und der Curator bonorum macht die ihm zustehenden Forderungen, wenn auch zunächst im Interesse der daraus zu befriedigenden Concursgläubiger, doch nur aus seiner Person und zugleich in seinem Interesse geltend, wie auch in ersterer Hinsicht aus L. 2 § 1 D. de curatore bonis dando (42, 7) zu entnehmen ist. Wollte man daher auch den Ausspruch der L. 68 D. de R. J. (50, 17), daß bei dem Wegfall der Person, welcher als solcher ein Privilegium eingeräumt ist, auch dies Privilegium aufhört, nicht bloß von dem Falle des Todes der privilegirten Person und dem Erlöschen des Privilegiums durch diesen verstehen, obwohl entschieden nur hieran gedacht ist, vgl. Mühlenbruch, Cession (3. Auflage) Seite 569, so würde doch auch dieser weitere Fall hier nicht vorliegen, da die Frau in Beziehung auf diese aus ihrer Person geltend gemachte Forderung in keiner Weise als weggefallen angesehen werden kann, vielmehr an deren Realisirung selbst im höchsten Grade interessirt ist.

Es bedarf hier daher auch keines Eingehens auf die vielfach erörterte und verschieden beantwortete Frage, ob und

Digitized by Google

unter welchen Voraussetzungen bei erfolgter Cession einer Forderung die zu deren Geltendmachung dem Cedenten persönlich zustehenden privilegia auf den Cessionar übergehen, insbesondere auch nicht auf die in einer Entscheidung des Oberappellationsgerichts vom 14. October 1819 (vgl. Nettelbladt, Rechtssprüche IV. Seite 49) zwar verneinte, aber sowohl von Mühlenbruch a. a. O. Seite 557 f., Seite 566 f., als auch von Dernburg, Pfandrecht II. Seite 449 für den Fall, daß die Ehefrau selbst noch lebt und Vortheil daraus zieht, aus triftigen Gründen bejahte Frage, ob das Pfandprivilegium der Dotalforderung durch Cession derselben mit übertragen wird.

---

33. Poenae secundarum nuptiarum.

Sa. $1888/_{1876}$.

Ueber die Tragweite der vermögensrechtlichen Nachtheile, welche der wiederheirathende Ehegatte zu Gunsten der erstehelichen Kinder erleidet, hat sich das Oberappellationsgericht zur Motivirung eines Erkenntnisses vom 1. März 1877, dessen Entscheidungsgründe die thatsächlichen Voraussetzungen des gegebenen Rechtsfalles vollständig angeben, ausgesprochen:

1) Nachdem die Klägerin ihren ersten am 14. Juli 1851 ohne Hinterlassung eines Testaments verstorbenen Ehemann, den Ackerbürger Ch. S. zu Plau, in Gemäßheit des dort statutarisch geltenden ehelichen Erbrechts, worüber zu vergleichen v. Kamptz, Mecklenb. Civilrecht, Th. 2, Seite 198 Nr. 12 und das Th. 1, Abth. 2, Seite 178 ff. vollständig abgedruckte landesherrliche Rescript vom 28. Juli 1800, — in Gemeinschaft mit ihren 4 Kindern aus dieser Ehe, Namens Marie, Christian, Friedrich, Friederike, zu einem Kindestheile, also zu $1/_5$ des Nachlasses beerbt hatte, hat sie sich bereits am 30. April 1852 mit ihrem jetzigen Ehemanne, dem Schlachtermeister St., wieder verheirathet, auch in dieser Ehe schon um die

Digitized by Google

Mitte des September j. J. einen Sohn geboren, und hierauf nach einander erst die am 3. November 1860 verstorbene jüngste Tochter erster Ehe neben deren noch lebenden 3 Geschwistern zu $^1/_4$, dann den ältesten am 18. Januar 1866 verstorbenen Sohn erster Ehe Christian neben dessen Geschwistern Marie und Friedrich zu $^1/_3$ beerbt, ohne daß bei diesen Erbfällen und der darauf hin unter Zuziehung der Vormünder waisengerichtlich vorgenommenen Regulirung und partiellen Theilung des Nachlasses irgendwie auf die nach römischem Rechte sie treffenden Nachtheile der zweiten Ehe Bedacht genommen wäre, oder auch diese nur zur Sprache gekommen wären.

2) Als nun aber am 12. Mai 1874 auch das 3. Kind erster Ehe, der Sohn Friedrich, gestorben und zur waisengerichtlichen Regulirung seines Nachlasses geschritten war, erhob sich in Folge einer schon früher in Veranlassung einer von den Erbinteressenten beantragten Realtheilung der aus dem Nachlasse des ersten Ehemannes der Klägerin auf sie und ihre Kinder erster Ehe vererbten Grundstücke dieserhalb gegebenen Anregung zwischen dem väterlichen Vormunde der neben ihr zur Erbschaft des jetzt verstorbenen Sohnes Friedrich berufenen 3 Kinder ihrer ältesten, im Jahre 1872 verstorbenen Tochter Marie, verehelicht gewesenen Tuchmacher M., und ihr Streit über die Beschaffenheit ihrer Erbberechtigung, indem der Vertreter dieser ihrer Miterben unter Berufung auf die römischrechtlichen Bestimmungen über die Folgen der zweiten Ehe ihrem Erbrechte in Beziehung auf die Substanz des Nachlasses alle Wirksamkeit absprach, ihr nur den Nießbrauch an der ihr angefallenen Hälfte des Nachlasses zugestehen wollte, und gleiche Ansprüche auch wegen der ihr ohne jede Beschränkung zugewiesenen Erbtheile der früher verstorbenen Kinder zur Geltung zu bringen suchte, während sie die Unanwendlichkeit jener Bestimmungen behauptete, und hat sich in Folge dessen, da eine gütliche Ausgleichung dieser sich schroff gegenüberstehenden Ansichten nicht zu erreichen war, der vorliegende,

Digitized by Google

jetzt in dritter Instanz zur Entscheidung stehende Rechtsstreit entsponnen.

3) Dieser dreht sich also zunächst und hauptsächlich um die Frage, ob und in welchem Umfange rücksichtlich der Beerbung des zuletzt verstorbenen Sohnes Friedrich, ebenso aber auch nachträglich noch in Beziehung auf die durch den Tod der früher verstorbenen Kinder Friederike und Christian eingetretenen Erbfälle diejenigen Beschränkungen zur Anwendung zu bringen sind, welchen die in zweiter Ehe lebende Mutter nach den besonderen Vorschriften der Nov. 22 cap. 46 in dieser Hinsicht unterliegen soll. Außerdem ist aber vom Beklagten in seiner Vertheidigung auch noch die Frage von der Anwendlichkeit der vermögensrechtlichen Strafen des verletzten Trauerjahrs insofern in den Streit hineingezogen, als er in seiner Vernehmlassung behauptet, daß, wenn nicht schon in Folge ihrer verfrühten Wiederverheirathung, so doch jedenfalls wegen der während des Trauerjahrs begangenen Unzucht die Klägerin den Anspruch auf die nach dem Tode ihres ersten Ehemannes ihr angefallenen portio statutaria von $^1/_5$ des Nachlasses vollständig verwirkt habe und dieselbe seinen Kindern herauszugeben schuldig sei, weshalb er diesen solcherhalb nicht bloß alle Rechte für die demnächstige Erbauseinandersetzung vorbehält, sondern auch unter Vorschützung einer entsprechenden Retentionseinrede, bevor solchen genügt sei, der Klägerin nicht einmal den ihr zustehenden Nießbrauch an der Hälfte des unmittelbar in Frage stehenden Nachlasses eingeräumt wissen will, ungeachtet er in den Nachlaßacten den Genießbrauch an der Hälfte desselben auf Lebenszeit als ihr zustehend anerkannt und erklärt hat, die Erbrate aus dem Nachlasse ihres Ehemannes sei gar nicht bestritten.

4) Der hiernach gleichfalls zur Erörterung stehende, von der Klägerin aufgenommene Streit, ob diese letzteren Strafbestimmungen heutzutage noch praktische Geltung behaupten, kann jedoch hier sogleich durch die Bemerkung abgethan werden, daß nach der besonderen Gestaltung der vorliegenden Erbverhältnisse für die Anwendung jener Strafbestimmungen

Digitized by Google

kein Raum gegeben ist. Denn nach den ausdrücklichen Bestimmungen der hier zunächst in Betracht kommenden Gesetze, der L. 1 und L. 2 C. de sec. nuptiis (5, 9) verwirkt die vorzeitig zur zweiten Ehe schreitende Wittwe zur Strafe hiefür nur dasjenige, was sie mit Rücksicht auf die bestandene Ehe durch Ehevertrag oder durch letztwillige Verfügung oder sonst durch den Willen (judicio) des verstorbenen Ehegatten erhalten hat, und es läßt sich nicht nachweisen, daß Justinian in der diese Bestimmungen wiederholenden und mit dem weiteren Inhalt der L. 4 C. ad SC. Tertullianum (6, 56) zusammenfassenden Nov. 22 c. 22 hierüber hinausgegangen ist. Heißt es darin nämlich auch, daß sie nichts von demjenigen erhalten soll, was aus der früheren Ehe ihr hinterlassen ist, so zeigt doch der Zusammenhang des Folgenden wieder, daß dabei nur an dasjenige gedacht ist, was ihr von ihrem verstorbenen Ehemanne in irgend einer Weise insbesondere letztwillig zugewandt worden, und ist hiernach der meistentheils zu weit gehende Ausdruck der Lehrbücher einzuschränken, beziehungsweise zu berichtigen. Da nun auch das Intestaterbrecht der Wittwe ihren Kindern gegenüber durch diese Bestimmungen uneingeschränkt aufrecht erhalten ist, und die Nov. 39 c. 1 in Beziehung auf den durch sie normirten Fall, wenn dieselbe überhaupt den concreten Fall ergriffe, nichts Anderes vorschreibt, so kommen für den obschwebenden Rechtsstreit durchgängig nur diejenigen Vorschriften zur Anwendung, welche sich auf die Nachtheile beziehen, welchen die zur zweiten Ehe geschrittene Mutter im Interesse ihrer Kinder erster Ehe unterworfen ist, um diese gegen die Gefahren zu sichern, welche ihnen daher zu drohen scheinen.

5) Diese sind jedoch, des Widerspruchs der Klägerin ungeachtet, soweit Rechtsverhältnisse in Frage stehen, welche aus dem auf der Grundlage des römischen Rechts ruhenden gemeinen Rechte ihre Norm erhalten, wie in dem in den Entscheidungen des Oberappellationsgerichts I. Seite 110 ff. abgedruckten Präjudiz dargelegt ist, auch in der Theorie allgemein angenommen wird, noch fortwährend in Geltung, und haben

Digitized by Google

solche, wie Klägerin jetzt vermeint, auch am wenigsten durch die auf die Eheschließung bezüglichen Bestimmungen des Reichsgesetzes über die Beurkundung des Personenstandes vom 6. Februar 1875 verloren. Ebenso wenig kann die Rede davon sein, daß deren Anwendung im vorliegenden Falle die Strafverjährung entgegen stehe, da diese s. g. Strafen der zweiten Ehe überall nicht die Bedeutung von Criminalstrafen haben.

Es kann sich daher nur fragen, wie sich deren Anwendung nach der Beschaffenheit derjenigen Thatsachen bestimmt, welche die Grundlage und den Gegenstand des hier obschwebenden Rechtsstreits bilden, und mag hier, um denselben noch mehr zu verengen, als vorhin schon durch die Zurückweisung der auf die Strafen des verletzten Trauerjahrs gegründeten Prätensionen des Beklagten geschehen ist, weiter noch vorweg bemerkt werden, daß der Beklagte auch rücksichtlich der der Klägerin zugefallenen statutarischen Portion, wie in dem angezogenen Präjudiz gleichfalls näher ausgeführt ist, im Interesse seiner Kinder keinerlei Ansprüche zu machen befugt ist. Denn das in Plau geltende statutarische Erbrecht des überlebenden Ehegatten beruht nicht auf dem gemeinen Rechte, sondern lediglich auf Gewohnheitsrecht und den Bestimmungen des landesherrlichen Rescripts vom 28. Juli 1800, und hat, wie dessen Voraussetzungen und Wirksamkeit zeigen, mit dem durch das spätere römische Recht eingeführten Erbrecht der armen Wittwe nichts gemein.

6) Von sämmtlichen der Klage entgegengesetzten Einwendungen verdienen also nur diejenigen Beachtung, durch welche Beklagter die Einschränkungen zur Geltung zu bringen sucht, welchen die Wirksamkeit der Beerbung eines ohne Testament verstorbenen Kindes erster Ehe von Seiten der in zweiter Ehe lebenden Mutter beim Vorhandensein von vollbürtigen Geschwistern desselben oder deren Kindern unterliegt, wie solche in der L. 3 § 1 C. de sec. nuptiis (5, 9), L. 5 C. ad SC. Tertullianum (6, 56) zuerst eingeführt, und nachdem Justinian dieselben in Nov. 2 c. 3 im Wesentlichen aufgehoben hatte, demnächst durch ihn in der Nov. 22 c. 46

Digitized by Google

endgültig festgestellt sind, und ist es deshalb mit Rücksicht auf den vorliegenden Fall jetzt weiter zu prüfen, welche Bedeutung diese Beschränkungen in Beziehung auf das Erbrecht der Mutter haben, und wie deren Umfang sich bestimmt.

7) In ersterer Beziehung geht nun aus dem klaren Inhalte aller jener Gesetze hervor, daß sie ihr Erbrecht als solches durch ihre Wiederverheirathung in keiner Weise verwirkt. Vielmehr wird sie danach neben den vollbürtigen Geschwistern des verstorbenen Kindes ganz mit denselben Ausdrücken wie diese zu dessen Erbschaft berufen, auch keineswegs etwa insoweit von derselben ausgeschlossen und in die Rolle einer Vermächtnißnehmerin zurückgedrängt, als sich in derselben Gegenstände finden, welche dem betreffenden Kinde von seinem Vater, ihrem ersten Ehemanne, angefallen sind, sondern es ist nur die Wirksamkeit des Erbschaftserwerbes rücksichtlich dieser Gegenstände insofern für sie eine beschränkte, als im Augenblicke desselben die Proprietät daran ihren miterbenden Kindern zufällt und ihr bloß der Nießbrauch daran verbleibt. Sie hat demnach auch sofort ein Recht auf deren nießbräuchlichen Besitz, braucht diesen nicht gleich einer bloßen Vermächtnißnehmerin von ihren miterbenden Kindern sich überweisen zu lassen, und muß denselben daher auch, wenn er ihr vorenthalten wird und die factische Sachlage sonst dazu geeignet ist, mit der Erbschaftsklage erstreiten können.

8) Was ferner den Umfang der Beschränkung betrifft, so ergreift dieselbe nach den hiefür maßgebenden Bestimmungen der L. 5 C. ad SC. Tertull. (6, 56) und der Nov. 22 cap. 46 § 2 nur diejenigen Bestandtheile der Erbschaft des Kindes, welche an dieses unmittelbar von dem Vater aus dessen Vermögen, *οὐσία*, substantia, durch Erbgang gekommen sind. Was das Kind aber auf andere Weise, als durch die Beerbung des Vaters oder durch unmittelbaren Anfall aus dessen Vermögen erworben hat, was ihm, wie es in jenen Stellen heißt, von außen her, *ἔξωθεν*, extrinsecus, aliunde zugekommen ist, daran hat die erbende Mutter das freiste Verfügungsrecht unter Lebenden wie auf den Todesfall.

Digitized by Google

9) Dieser letztere Punkt ist aber grade hier von sehr weit greifender Bedeutung; denn aus den jungirten Acten, betreffend den Nachlaß des Ackerbürgers Ch. S. und die Curatel der minorennen Kinder desselben, und der Vergleichung des Inhalts der den gegenwärtigen Nachlaß betreffenden jungirten Acten ergiebt sich mit völliger Bestimmtheit, daß nur ein Theil des von dem Sohne der Klägerin, Friedrich, nachgelassenen Vermögens unmittelbar aus dem Nachlasse seines Vaters herrührt, und das Gleiche gilt von dem durch den Beklagten in den Streit gezogenen Nachlaßvermögen der früher bereits verstorbenen durch die Mutter und die damals noch lebenden Geschwister beerbten Kinder Friederike und Christian. Nach dem den ersteren Acten anliegenden, am 26. Januar 1854 vollzogenem Theilrecesse erhielt nämlich die Mutter wie jedes der vier Kinder aus dem Nachlasse des Ehemannes bzw. Vaters $^1/_5$ der damals noch vorhandenen 31 Grundstücke und von dem baaren Vermögen 316 Thlr. 43 ßl. $2^2/_5$ Pf. zugetheilt, und sind nach der vorliegenden Vormundschaftsrechnung pro Antoni $18^{55}/_{56}$ von jenen Grundstücken noch 2 verkauft worden, von derem Erlöse jedem der 5 Erben 85 Thlr. zugefallen sind, so daß darnach deren Erbtheil sich auf $^1/_5$ der übrigen, anscheinend noch jetzt realiter ungetheilt auf den Namen des Ackerbürgers Ch. S. stehenden 29 Grundstücke und baar 409 Thlr. 37 ßl. 10 Pf. stellte. Nur hinsichtlich desjenigen Betrages, welcher nach näherer Feststellung als der ursprünglich aus dem Vermögen des Vaters herrührende Theil des Nachlasses sich ergiebt, würde daher das Erbrecht der Mutter in seiner Wirksamkeit insofern beschränkt sein, als sie in Maßgabe der Nov. 22 c. 46 daran bloß den Nießbrauch erhielte, die Substanz und den Betrag desselben aber ihren miterbenden Kindern zu bewahren und zu erhalten hätte. Dies ist aber, obwohl von der Klägerin bestritten und in der Theorie nicht unbestritten, auch für den hier eingetretenen Fall als geltend anzunehmen, da neben der Mutter bloß Geschwisterkinder des verstorbenen Kindes zu dessen Erbschaft berufen sind. Denn bespricht die Nov. 22 c. 46 auch nur den Fall, da

Digitized by Google

die Mutter neben den Geschwistern zu der Erbschaft des verstorbenen Kindes gelangt, so beruht dies doch lediglich darauf, daß zur Zeit des Erlasses dieser Novelle Geschwisterkinder neben erbenden Geschwistern und der ex. SC. Tertulliano ihr Kind beerbenden Mutter überall noch kein Erbrecht hatten, dieses viemehr erst später neben den erbenden Geschwistern ihnen durch die Nov. 118 c. 3 und wenn mit diesen Ascendenten des Erblassers concurriren durch die Nov. 127 c. 1, und neben Ascendenten allein sogar erst durch die im Anschluß an dieses letztere Gesetz gebildete Praxis ihnen zu Theil geworden ist.

Was mit dem ererbten Vermögen weiter erworben ist, wohin insbesondere auch die Aufkünfte an Pacht und an Zinsen zu rechnen sind, sowie die Vermehrung, welche dasselbe durch die etwaige Beerbung von Geschwistern erfahren hat, gehört dagegen, um es so auszudrücken, zu dem freien Vermögen des Kindes, hinsichtlich dessen das Erbrecht der Mutter keine Beschränkung erfahren hat. Denn mögen in diesen Erbschaften auch immerhin Bestandtheile enthalten sein, die ursprünglich aus dem Vermögen des gemeinsamen Vaters herrühren, dieser Umstand kann nimmer bewirken, daß es rechtlich so anzusehen, als seien dieselben von Jenem erworben, oder hätten vermöge dieses ihres Ursprungs eine besondere, in der fraglichen Beziehung sich wirksam äußernde, dem römischen Rechte sonst unbekannte Erb- oder Stammguts-Qualität erlangt. —

10) Steht aber nach dem vorhin Ausgeführten der Klägerin neben den Kindern des Beklagten an dem Nachlasse ihres Sohnes Friedrich trotz ihrer Wiederverheirathung ein wirkliches Erbrecht, durch welches auch die bloß zum Nießbrauche ihr anfallenden Bestandtheile ergriffen werden, und demnach auch, wenn ihr solches unter Vorenthaltung zum Nachlasse gehörender Gegenstände bestritten wird, zur Geltendmachung desselben die Erbschaftsklage gegen denjenigen zu, welcher als pro herede oder pro possessore Besitzer anzusehen ist, so sind hier auch dem Beklagten gegenüber, wie die rechtlichen,

Digitized by Google

so zugleich die thatsächlichen Voraussetzungen dieser Klage gegeben. Denn nicht nur bestreitet der Beklagte vollständig das Erbrecht der Klägerin in Beziehung auf den gesammten Nachlaß, indem er dies Erbrecht für seine Kinder ausschließlich in Anspruch nimmt, sondern er enthält ihr auch den Besitz und Genuß ihres Erbtheils durch diese Bestreitung insofern vor, als sie in Folge davon die Ausantwortung desselben von Seiten des Waisengerichts, in dessen Gewahrsam sich ein großer Theil des Nachlasses befindet, nicht erreichen kann, und ist zugleich insofern auch als Erbschaftsbesitzer anzusehen und zu behandeln, als das Erbschaftsgericht durch diese seine Verwahrung des Nachlasses auch für seine Kinder den Besitz ausübt.

Verhielte sich aber auch dies Letztere nicht so, so würde dennoch die Erbschaftsklage als **hereditatis petitio partiaria** nach Art einer Präjudicialklage hier zugelassen werden müssen, weil es sich bei dem obschwebenden Streite wesentlich darum handelt, nach welchen Grundsätzen bei der Regulirung und Theilung des Nachlasses durch das Waisengericht zu verfahren ist.

11) Es ist nun aber nicht nur die Bestreitung des Erbrechts der Klägerin insofern unbegründet, als Beklagter ihr hinsichtlich des ganzen Nachlasses für ihre Erbhälfte bloß ein Recht auf den Nießbrauch zugestehen will und die volle Proprietät daran für seine Kinder als Erben in Anspruch nimmt, sondern es muß weiter auch der Widerspruch als unbegründet zurückgewiesen werden, welchen der Beklagte in Form einer Retentionseinrede der Ausantwortung ihres Nachlaßantheils bis dahin entgegensetzen zu können glaubt, daß die Klägerin wegen der aus dem Nachlasse ihrer früher verstorbenen Kinder ihr zugefallenen und überwiesenen Antheile seinen Kindern die schuldige Nießbrauchscaution geleistet habe. Denn mag Beklagter auch etwa dieserhalb noch Ansprüche gegen die Klägerin in bestimmtem Umfange erheben können, so stehen diese doch mit dem jetzt klagend gegen ihn erhobenen Erbanspruche in keinem solchen rechtlichen Zusammenhange, daß er diesem

Digitized by Google

gegenüber ein Zurückhaltungsrecht an dem darnach der Klägerin Gebührenden üben könnte. Ebenso wenig kann aber auch der Anspruch, daß Beklagter schuldig ist, das Erbrecht der Klägerin zur Hälfte des Nachlasses anzuerkennen und soweit ihr denselben zu überweisen, bezw. in dessen Ausantwortung an sie zu willigen, wie nach diesem Verhältniß denselben mit ihr zu theilen, dadurch aufgehalten werden, daß Beklagter für seine Kinder möglicher Weise hinsichtlich derjenigen beweglichen Nachlaßobjecte, welche Klägerin nur zum Nießbrauch erhält, die Nießbrauchscaution begehren kann. Denn dieser Punkt ist in Gemäßheit der L. 6 § 1 C. de sec. nuptiis (5, 9) in der Weise zu regeln, daß, wenn die Mutter zur Leistung dieser Caution nicht bereit oder im Stande ist, ihre miterbenden Kinder ihr dennoch den Besitz und Genuß dieser Sachen nur dann vorenthalten dürfen, wenn sie ihrerseits bereit und im Stande sind, ihr den lebenslänglichen Zinsgenuß von jährlich 4 % des Werthes derselben zu verbürgen, widrigenfalls aber sich mit dem gesetzlichen Pfandrecht begnügen müssen, welches ihnen in § 2 der L. 6 cit. am Vermögen der Mutter zugesprochen ist. Bei Ueberweisung von Obligationen oder Hypothekenscheinen würde es sogar nur einer Clausel in der Acte bedürfen. Die Ordnung dieses Anspruchs war daher in das weitere Verfahren zur Auseinandersetzung der beiderseitigen Erbansprüche zu verweisen und dieserhalb für jetzt nur ein geeigneter Vorbehalt zu machen.

---

34. Cura prodigi. Ee. $15/_{1874}$. Str.

Die Ehefrau des Gutspächters E. zu W. war im Jahre 1860 auf begründet befundenen Antrag ihres Ehemannes von dem zuständigen mecklenburgischen Gerichte als Verschwenderin unter Curatel gestellt. Sie hielt sich seitdem meistens in Lübeck auf und nahm dort ihren ständigen Aufenthalt, als ihr Ehemann

Digitized by Google

im Jahre 1867, nachdem er seine Pachtung abgestanden hatte, nach Lübeck gezogen war. Er wohnte dort als Fremder auf einen Heimathschein ununterbrochen bis zu seinem im Jahre 1873 eingetretenen Tode. Die Wittwe stellte nun bei dem obervormundschaftlichen Gerichte den Antrag, ihr Vermögen dem zuständigen Lübecker Gerichte zur Fortführung der Obervormundschaft auszuliefern und dem bisherigen Curator aufzugeben, daß er sich fortan nicht mehr als Vormund gerire.

Dieser Antrag wurde in allen Instanzen abgewiesen. Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 7. Juni 1875.

Gründe:

Die Curatel ist auf Antrag des Ehemanns zu einer Zeit, wo dieser in W. wohnte und auch dessen Ehefrau sich dort aufhielt, mit ihrer Zustimmung von dem competenten Gerichte, dem Justizamte zu S., völlig rechtsbeständig angeordnet. Die cura prodigi erlischt, abgesehen von dem Tode des Curanden, erst dadurch, daß dieselbe nach dem Wegfall der Voraussetzungen, welche sie herbeigeführt haben, durch ein Decret des Curatelgerichts causa cognita aufgehoben wird, und der Domicilwechsel des Curanden ist auf ihren rechtlichen Bestand ohne Einfluß. Ebensowenig wird durch den Umstand, daß der Curande später seinen Wohnsitz an einen andern Ort verlegt, also nachträglich ein Fall eintritt, bei dessen Vorhandensein die Curatel von dem betreffenden Gerichte nicht bestellt worden wäre, das Amt des Curators oder die Competenz der Obervormundschaft aufgehoben, da arg.

L. 61 § 1 D. de jure dot. (23, 3),

L. 5 § 12 D. de rebus eor. (27, 9),

durch die Anordnung einer Vormundschaft das obervormundschaftliche Amt sowohl, als die Competenz zur Controle desselben für die ganze Dauer des Curatelbedürfnisses begründet wird. Die Recurrentin verkennt denn auch jetzt nicht, daß durch die Verlegung ihres Domicils nach Lübeck diese Competenz nicht ohne Weiteres erloschen, ihr erster Antrag also, nach welchem das Justizamt ihr Vermögen an das competente Lübecker Gericht ausliefern und der jetzige Curator seine

Digitized by Google

Functionen einstellen sollte, zu weit gegangen sei, verlangt aber nunmehr, daß das Justizamt sich mit dem betreffenden Lübecker Gerichte wegen der Fortführung der Curatel ins Vernehmen setze und nach Constituirung der neuen Obervormundschaft das Vermögen ausliefere, indem sie dabei in Aussicht stellt, demnächst bei letzterer die Aufhebung der Curatel zu beantragen. Allein auch gegen diese Maßregel spricht, daß sie bisher ihre hiesige Unterthanen-Eigenschaft nicht verloren hat. Ihr verstorbener Ehemann hat, seitdem er im Jahre 1867 nach Lübeck zog, dort nach seiner zu Anfang seines Testaments abgegebenen Erklärung auf einen Heimathschein gewohnt, und das Erkenntniß des Stadt- und Landgerichts daselbst erkennt ausdrücklich an, daß derselbe nur ein auf Aufenthaltskarte dort wohnender domicilirter Fremder gewesen sei, auch erhellt nicht, daß sie diese Staatsangehörigkeit nach dem Tode ihres Ehemannes aus einem der im § 13 des Bundesgesetzes vom 1. Juni 1870 — Bundesgesetzbl. Nr. 20 — aufgeführten Grunde verloren und solche in Lübeck gewonnen habe. Die cura prodigi beruhet nicht weniger, wie die Altersvormundschaft auf einem Schutzbedürfnisse des Pflegebefohlenen, soweit dessen Vermögen in Betracht kommt, und der Staat, welchem er derzeit angehört, übt durch die Bestellung der Curatel die ihm obliegende Schutzpflicht und obrigkeitliche Fürsorge für den Curanden aus. Dies Verhältniß wird nicht dadurch aufgehoben, daß letzterer in einem andern Staate seinen Wohnsitz nimmt, ohne demselben angehörig zu werden, und seine Beziehungen zu dem bisherigen Staatsverbande ganz zu lösen. So lange, bis dies geschehen, besteht keine Verpflichtung, ja ohne eingeholte Genehmigung der Staatsregierung nicht einmal eine Berechtigung des bisherigen Curatelgerichts, mit den Gerichten des neuen Domicils des Mündels zum Zwecke einer Uebertragung der Obervormundschaft, sei es mit Beibehaltung des bisherigen Vormundes, sei es unter Entlassung desselben in Verhandlung zu treten, wenn der Pflegebefohlene dies wünscht. Hält dasselbe die Fortführung der Curatel in bisheriger Weise dem Interesse des Letzteren

Digitized by Google

für entsprechend, so kann es zu Schritten, welche die Uebertragung der Obervormundschaft mit staatlicher Auctorisation an die Gerichte eines fremden Staates bezwecken soll, nicht gezwungen werden.

Es ist denn auch anerkannten Rechtens, daß bei der Altersvormundschaft der Wechsel des Aufenthaltortes in der Person des Curanden den Bestand der Curatel nicht alterirt; die cura prodigi unterscheidet sich von jener freilich dadurch, daß die Dispositionsbeschränkung nur das Vermögen des Curanden, nicht aber seine sonstigen hievon unabhängigen Beziehungen ergreift, ihm also die Verlegung seines Domicils mit allen rechtlichen Wirkungen zusteht, während dies bei der Altersvormundschaft nur mit Zustimmung des Vormundes und der Obervormundschaft zulässig ist. Allein es treten die oben entwickelten Grundsätze auch alsdann ein, wenn in einer solchen Weise ein wirksamer Domicilwechsel des Mündels stattgefunden hat, das Schutzrecht und die Schutzpflicht des Heimathsstaats wird durch die bloße Domicilverlegung in einen fremden Staat nicht aufgehoben, und es sind keine Gründe ersichtlich, warum dies bei dem unter Curatel gestellten Verschwender anders sein sollte.

---

35. Zur Erbenlegitimationsordnung vom 30. Mai 1857. Ra. 856/1877.

Der Büdner R. zu L. hatte ein nach seinem Tode dem Erbschaftsgerichte vorgelegtes und von demselben publicirtes Privattestament errichtet, welches nach Form und Inhalt als durchaus rechtsbeständig sich darstellte. Es enthielt eine Erbeinsetzung, Notherben waren nicht vorhanden, die zugezogenen sieben Zeugen waren besonders rogirt, nach Verlesung der Schrift durch einen Notar hatte der Testator die Urkunde unterkreuzt und für ihn ein octavus subscriptor den Namen hinzugefügt, die Zeugen hatten unterschrieben und untersiegelt, zu dem gleich-

Digitized by Google

falls verlesenen und genehmigten Notariatsinstrumente waren zwei Zeugen adhibirt, die unitas actus war beobachtet.

Der eingesetzte Erbe trat die Erbschaft rein und vorbehaltlos an, versicherte auch an Eidesstatt, daß ihm eine jüngere, letztwillige Disposition des Erblassers nicht bekannt sei und erbat mit dem Bemerken, daß es ihm aus verschiedenen Gründen nicht gut möglich sei, die Anerkennung der Intestaterben beizubringen, zur Erlangung des Erbenzeugnisses die Erlassung von Erbschaftsproclamen. Dies ward abgeschlagen. Der Antragsteller recurrirte dagegen, indem er ausführte, das Proclam solle gerade das fehlende Anerkenntniß der Intestaterben ergänzen; im vorliegenden Falle seien die nächsten Intestaterben seine Schwester und seine Tante; von Ersterer würde er wohl eine Anerkennung herbeischaffen können, nicht aber von Letzterer, welche zur Abgabe irgend einer Erklärung, sei es einer anerkennenden, sei es einer anfechtenden, nicht zu bewegen sei. Die Beschwerde wurde verworfen. Auf weiteren Recurs erklärte indessen das Oberappellationsgericht den in beiden Vorinstanzen zurückgewiesenen Antrag für begründet und wies das Erbschaftsgericht durch Bescheid vom 8. November 1877 an, das erbetene Proclam zu erlassen.

Denn das Erbschaftsproclama soll bei nicht öffentlich errichteten Testamenten gerade den Mangel der Anerkennung der Intestaterben vertreten und ist daher auf eine jede letzte Willenserklärung, welche die Erfordernisse des § 7 der Verordnung vom 30. Mai 1857 in sich vereinigt, zulässig. Diese Auffassung findet in der für Erbverträge getroffenen entsprechenden Vorschrift eine sichere Bestätigung. Das Testament nebst dem Publicationsprotocoll liegt vor, weder eine äußere noch innere Nichtigkeit ist erkennbar, und daraus allein, daß eine nicht eingesetzte Intestaterbin zur Abgabe irgend einer Erklärung über die Anerkennung des in Frage stehenden Testamentes nicht zu bewegen ist, folgt noch keine Bestrittenheit des recurrentischen Erbrechts (§ 3 sub 1 ibid.). Das Vorhandensein einer jüngeren Disposition liegt nicht vor, die nach § 8 erforderliche eidliche Versicherung ist abgegeben, und der Umstand, daß man die nächsten Intestaterben kennt, ist gleichgültig. Die Ertheilung der Anerkennung ist kein

Digitized by Google

erzwingbares Recht; ist sie nicht zu erreichen, und ist der Fall einer Präjudicialklage aus § 3 unmittelbar nicht gegeben, so steht gerade das Erbschaftsproclama zu Gebot, um auf dem kürzesten und einfachsten Wege die erstrebte Erbenlegitimation zu ordnen. Schließlich mag noch darauf hingewiesen sein, daß im Eingange des § 8 auf den § 6 der citirten Verordnung nur wegen der dem Proclama zu gebenden Fassung Bezug genommen wird.

---

36. Testamentum parentum inter liberos. Ga. $651/_{1876}$.

Der Gutsbesitzer G. auf N., welcher ab intestato von seinen 7 noch lebenden Kindern beerbt sein würde, hinterließ bei seinem Tode ein vollständig von seiner Hand geschriebenes und unterschriebenes, übrigens aber ohne alle Förmlichkeiten errichtetes Testament. In diesem hatte er (§ 1) neben seinen übrigen sechs namentlich aufgeführten Kindern die ehelichen Kinder seiner Tochter Dorothea Sophie zu Erben eingesetzt und diese Tochter selbst (§ 2) bona mente enterbt, weil deren Ehemann verschuldet sei und er diesen seinen Schwiegersohn zur ordnungsmäßigen Conservirung des Vermögens nicht für fähig halte.

Dieses Testament war von sämmtlichen darin eingesetzten Kindern, auch von der bona mente enterbten Tochter, auf Grund einer mit ihren Geschwistern getroffenen Vereinbarung als zu Recht bestehend anerkannt. Der Ehemann der letzteren hielt aber seinerseits mit der Erklärung, ob er die Erbschaft für seine Kinder antreten wolle, zurück, und so reichten die 6 eingesetzten Kinder unter Beibringung einer von der enterbten Tochter ausgestellten Anerkennungsacte bei der Justiz-Canzlei eine Eingabe ein, worin sie unter der Versicherung, daß ihnen ein anderweitiges Testament ihres Vaters nicht bekannt sei, diese Anerkennung aussprechen, die ihnen durch das väterliche Testament in Gemeinschaft mit den Kindern ihrer Schwester Dorothea deferirte väterliche Erbschaft in Grundlage desselben ihrerseits

Digitized by Google

rein und vorbehaltlos anzutreten erklären und bitten, „dem Ehemanne dieser ihrer Schwester in Gemäßheit der Erblegitimationsordnung § 3, 3 unter dem gesetzlichen Nachtheil aufzugeben, daß er sich binnen Ordnungsfrist darüber erkläre, ob er das väterliche, resp. großväterliche Testament für seine Kinder anerkenne und die Erbschaft daraus antrete oder nicht," und ihnen nach dem Eingang oder Ausschluß dieser Erklärung demnächst das Erbenzeugniß zuzustellen.

Es ward ihnen aber, nachdem sie noch die Geburtsscheine der 5 Kinder ihrer Schwester Dorothea und das Original des Testamentes beigebracht hatten, respondirt, „daß das beantragte Mandat nicht erlassen werden könne, dagegen die formelle Gültigkeit des eingereichten testamentum parentum inter liberos sich das Bedenken ergeben hat, daß die Enkel des Erblassers nicht inviduell und namentlich in demselben bezeichnet seien." Eine hiegegen gerichtete Vorstellung blieb erfolglos. Das Gericht inhärirte seiner ablehnenden Entscheidung, weil, abgesehen von der unterlassenen Nomination der instituirten Enkel überdies der Ertheilung des Erbenzeugnisses, wie es beantragt worden, der Umstand entgegenstehe, daß zwischen jenen und dem großväterlichen Erblasser die annoch lebende Mutter in der Mitte stehe, dieselben also kein Intestaterbrecht haben, auch nicht durch deren Enterbung erhalten haben, richtiger Ansicht nach aber das Privilegium der Nov. 107 c. 1 arg. L. 26 C. fam. herc. (3, 36) nur für solche Descendenten gegeben sei, die zugleich Intestaterben des Erblassers sein würden. Auf Recurs der Betheiligten wurde das Gericht jedoch auf Verfügung des Oberappellationsgerichts vom 16. December 1876 angewiesen, das erbetene Mandat in beantragter Weise zu erlassen.

Denn geht auch Justinian bei Erlaß der in der Nov. 107 über die letztwilligen Verfügungen der Eltern unter ihren Kindern getroffenen Bestimmungen, wie der Eingang der Novelle zeigt, von den durch Constantin in der L. 26 C. fam. herc. (3, 26) = L. 1. Th. C. eod. (2, 24) und Theodosius II. in der L. 21 § 3 (alias § 1 in fine) C. de testam. (6, 23) = Nov. Theodosii II. tit. XVI. § 5 in fine erlassenen und

Digitized by Google

bei deren Aufnahme in seinen Codex mehrfach modificirten Verordnungen aus, wonach die von dem Inhaber der väterlichen Gewalt, beziehungsweise den Ascendenten beiderlei Geschlechts in einem unvollendet gebliebenen Testamente oder in einer sonstigen nicht zum äußeren Abschluß gediehenen letztwilligen Verfügung bezüglich der Vertheilung des Nachlasses schriftlich gemachten Anordnungen für die neben einander zur Intestaterbfolge berufenen Descendenten ausnahmsweise Geltung behaupten, hinsichtlich jeder anderen ihnen beigemischten Person aber, der Regel des Rechts entsprechend, nichtig sein sollen, und sucht ausgesprochener Maßen durch die nunmehr von ihm aufgestellten Normen der Unsicherheit zu begegnen, welche die absolute Formlosigkeit derartiger von Constantin und Theodosius mit Rechtswirkung ausgestatteter Verfügungen sowohl in Beziehung auf die Frage ihrer Echtheit, als auch nach der Seite des wirklichen Willensausdrucks ihres Urhebers zur Folge haben mußte, so folgt daraus doch keineswegs mit logischer Nothwendigkeit, daß die nunmehr von ihm zur Beseitigung dieser Uebelstände erlassenen Vorschriften über die Erfordernisse, welche für die Rechtsgültigkeit der von ihm ins Auge gefaßten letztwilligen Verfügungen der Eltern unter ihren Kindern fortan maßgebend sein sollen, rücksichtlich dieser letzteren sich gerade und nur auf eben diejenigen Descendenten beziehen und beschränken sollten, hinsichtlich derer allein die von Constantin und Theodosius II. für rechtsgültig erklärten formlosen Verfügungen Wirksamkeit zu behaupten vermochten. Für diese folgte deren beschränkte Geltung ganz von selbst daraus, daß ihnen trotz ihrer absoluten Formlosigkeit und trotz des unterbliebenen Vollzuges der ursprünglich etwa von dem Erblasser beabsichtigten Form ausnahmsweise mit Rücksicht auf die von den Kindern zu respectirende väterliche oder elterliche Auctorität die Kraft gültiger Intestat-Codicille beigelegt ward. Hätte daher Justinian durch die von ihm in der Nov. 107 c. 1 und 2 aufgestellten Bestimmungen, wie insbesondere Fritz in seinem Versuche einer historisch-dogmatischen Entwickelung der Lehre von den Testamenten der Eltern unter ihren Kindern (Giessen 1822) § 20, und in seiner Ausgabe von Wening-

Digitized by Google

Ingenheim's Lehrbuch des Gemeinen Civilrechts (5. Auflage) § 482 auszuführen sucht, nichts weiter gethan, als besondere Vorschriften darüber aufgestellt, unter welchen Voraussetzungen allein ein etwa beabsichtigtes, aber nicht zum äußeren Abschluß gediehenes Testament, ein testamentum imperfectum in diesem Sinne, rücksichtlich der darin enthaltenen Erbeseinsetzungen der Kinder zu bestimmten Quoten des Nachlasses Geltung behaupten soll, ohne daß doch einer solchen Verfügung die Kraft und Bedeutung eines Testaments beigelegt wäre, so würde es sich allerdings ganz von selbst verstehen, daß diese Erbeseinsetzung nur hinsichtlich derjenigen Descendenten sich wirksam erzeigen kann, welche zu der hiernach eintretenden Intestaterbfolge berufen sind, und der Unterschied zwischen diesem testamentum imperfectum und der in der Nov. 18 c. 7 wie dem cap. 3 der Nov. 107 normirten divisio parentum inter liberos würde nur darin bestehen, daß die Vertheilung des Nachlasses nach bestimmten Erbquoten unter die erbenden Kinder an strengere Formen gebunden wäre, als die Zutheilung einzelner im Nachlasse befindlicher Sachen.

Nimmt man aber, wie es von jeher die herrschende Ansicht gewesen und noch ist, einmal an, daß die nach den Vorschriften der Nov. 107 c. 1 errichtete Disposition der Eltern unter ihren Kindern nach der in der Fassung und dem Ausdrucke der bezüglichen Bestimmungen hervortretenden Absicht Justinians die Kraft und Bedeutung eines wirklichen Testaments haben soll, läßt man vollends, wie fast allgemein geschieht, von diesem Standpunkte aus wirksame Enterbungen darin zu, wovon die Novelle selbst freilich nichts sagt, so waltet, wie auch Fritz in der erwähnten Abhandlung § 23 pag. 45 es anerkennt, überall kein innerer Grund ob, die Zulässigkeit der Erbeseinsetzung ausschließlich auf solche Descendenten zu beschränken, welche den Testirer ab intestato beerbt haben würden. Denn wenn Hellfeld, jurisprudentia forensis §§ 1480 und 1481 den Grund, weshalb Eltern unter ihren Kindern in dieser unförmlichen Weise wirksam testiren können, theils aus der Ehrfurcht ableitet, welche die Kinder ihren Eltern

Digitized by Google

schuldig sind, theils daraus, daß sie auch ohne Testament dieselben beerbt haben würden, so schwächt sich die Kraft dieses letzteren Grundes, welchen Sintenis, Gemeines Civilrecht § 170 not. 18 sub 2 ausschließlich als maßgebend betrachtet, auch abgesehen von der darin liegenden petitio principii, schon dadurch allein auf das Aeußerste ab, daß den Eltern eine von den Regeln der Intestaterbfolge völlig abweichende Vertheilung des Nachlasses durch die von ihnen angeordneten Erbeseinsetzungen frei gegeben ist, und verliert vollends alle Bedeutung, wenn ihnen, was freilich Hellfeld a. a. O. § 1481 zur not. b. nicht thut, auch die Befugniß zur Enterbung der gesetzlich zur Erbfolge berufenen notherbberechtigten Kinder eingeräumt wird, weshalb denn auch Andere, wie z. B. J. H. Böhmer, Introductio in jus digestorum lib. XXIX. 1 § 13 und Höpfner, Commentar § 460 zu Note 1 b den ersteren Grund allein als den bestimmenden ansehen.

Da nun auch der historische Zusammenhang, in welchem die Nov. 107 zu den älteren im Codex sich findenden Bestimmungen der L. 26 C. fam. herc. (3, 36) wie der L. 21 § 3 C. de testam. (6, 23) steht, keinen genügenden Grund für die Annahme enthält, daß Justinian bei Erlaß dieses neuen Gesetzes sich streng an die Voraussetzungen jener älteren habe binden wollen, und zwar um so weniger, als diejenigen der L. 26 C. cit. schon in der L. 21 § 3 C. cit. eine sehr wesentliche Erweiterung erfahren haben, so kann für die Auslegung und Anwendung des neuen Gesetzes, durch welches jene älteren zugleich aufgehoben und ersetzt werden sollen, in Beziehung auf die hier obschwebende Frage zunächst nur der Wortlaut dieses selbst den Ausschlag geben, und ist dieser an sich klar und ergiebt einen verständigen Sinn, läßt auch dessen gesammter Inhalt und das logische Verhältniß, worin die einzelnen Bestimmungen zu einander stehen, nicht erkennen, daß nach der darin hervortretenden Absicht des Gesetzgebers der Wortausdruck über dessen wahren Willen hinausgeht, so ist kein Anlaß zu einer einschränkenden Auslegung gegeben.

So steht aber die Sache hier, denn als Gegenstand der

Digitized by Google

von ihm zu treffenden Bestimmungen bezeichnet der Kaiser ganz ausdrücklich diejenigen letztwilligen Verfügungen, welche ein Ascendent μεταξὺ τῶν αὐτοῦ παίδων — durch Erbeseinsetzung derselben, sei es zu bestimmten Quoten oder auf bestimmte Sachen, oder unter Zutheilung solcher, machen will, ohne dabei irgendwo und irgendwie anzudeuten, daß er dabei Kinder einer bestimmten Art im Sinne hat. Wie aber der griechische Ausdruck παῖδες, so dienen auch die entsprechenden römischen Ausdrücke filius, dessen sich die versio vulgata, und liberi, dessen sich Juliani Epitome Nov. 100, gleichwie auch die der L. 21 § 3 C. de test. (6, 23) beigesetzten Authenticae und die neueren Uebersetzer richtiger bedienen, wo nicht das Gegentheil gesagt oder angedeutet ist, zur Bezeichnung der Nachkommen jeder Art und jedes Grades ohne Rücksicht auf die besondere Gestaltung des Abstammungsverhältnisses und die familienrechtliche Stellung, welche sie zu dem betreffenden Vorfahren einnehmen, vergl. darüber die gründlichen Ausführungen Euler's in dessen Commentatio de testamento et divisione parentum inter liberos (Berolini 1820) §§ 24—27. Nur dadurch, daß man in das caput 1 der Novelle etwas hineinträgt, was nicht in ihm selbst steht, und von der erst zu beweisenden Annahme aus, daß Justinian hier über die Voraussetzungen der von ihm aufgehobenen älteren Gesetze und derjenigen der von ihm in caput 3 der Novelle bei Bestand gelassenen divisio parentum inter liberos nicht habe hinausgehen wollen, kann man daher auf den Gedanken verfallen, daß unter den Kindern, deren Erbeseinsetzung in der von Justinian unter Beobachtung der von ihm aufgestellten Erfordernisse als Testament zugelassenen Verfügung gestattet ist, bloß diejenigen zu verstehen seien, die auch ab intestato den Testirer beerbt haben würden. Auch würde es in hohem Grade auffallend sein, wenn Justinian, der in seinen Gesetzen, insbesondere den Novellen die Worte nicht zu sparen pflegt, eine solche Beschränkung, wenn er sie beabsichtigt, nicht ausdrücklich hervorgehoben hätte, um so mehr als es ihm gerade darauf ankam, in dieser Materie Alles klar und sicher festzustellen, und als die am Schlusse des cap. 1

Digitized by Google

sich findende Erwähnung derjenigen Personen, welchen im Gegensatz gegen die Kinder als extraneis personis (ἐξωτικοῖς προσώποις) dieser Nachlaß der sonst geforderten Testamentsförmlichkeiten nicht einmal in Beziehung auf ihnen zugedachte Vermächtnisse zu Gute kommen soll, zumal selbst die Ehefrau diesen ausdrücklich gleich gestellt ist, ihm die dringendste Veranlassung gegeben hätte, sich darüber auszusprechen, daß zu diesen extraneae personae auch diejenigen Kinder zu rechnen seien, welche nicht zur gesetzlichen Erbfolge berufen sein würden, während so wie das Gesetz unmittelbar lautet, darunter nur diejenigen Personen verstanden werden können, welche nicht unter dem Ausdruck „παῖδες liberi" begriffen sind.

Mit gutem Grunde will daher auch Euler a. a. O. §§ 28, 29 in Beziehung auf die Frage, rücksichtlich welcher Descendenten dem testirenden Ascendenten das in Nov. 107 c. 1 bestimmte Privileg eingeräumt sei, den uneingeschränkten Wortlaut dieses Gesetzes als maßgebend betrachten, und wenn es auch schon in früherer Zeit nicht an Juristen gefehlt hat, welche, obwohl sie dem testamentum parentum inter liberos die Bedeutung eines wirklichen Testaments zusprachen, dennoch seine Geltung auf den Kreis der in concreto intestaterbberechtigten Descendenten beschränken wollen — vergl. die von Euler a. a. O. § 28 not. n. und von Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 42 Seite 171 not. 27 angeführten — und diese Ansicht durch die Auctorität Mühlenbruch's, welcher dieselbe a. a. O. Seite 171—174 vertheidigt, in neuerer Zeit wieder Kraft gewonnen hat — vergl. zu Puchta's Pandekten § 468 dessen Vorlesungen daselbst Nr. 2; Sintenis, Gem. Civilrecht § 170 E. Bd. III. Seite 375 Ed. II. Böcking, Grundriß der Pandekten (Ed. IV. Buch III. § 39; und Heimbach in Weiske's Rechtslexikon X. Seite 843 — so hat sich doch nicht bloß von jeher die überwiegende Anzahl der Rechtslehrer für die hier entwickelte Ansicht entschieden, — vergl. die bei Euler a. a. O. not. l. m. und bei Mühlenbruch a. a. O. Seite 137 n. 35 angeführten — sondern es findet sich dieselbe auch noch fortwährend, wiewohl ohne näheres Eingehen auf die

Digitized by Google

daneben angedeutete Controverse in den Pandekten-Lehrbüchern von Arndts § 489, Keller § 503, Seuffert (Ed. IV) § 531 und Windscheid § 544 Nr. 4 vorgetragen, und kann es daher um so weniger Bedenken erregen, ihr in der Entscheidung des vorliegenden Rechtsfalls sich anzuschließen, als hienach die Behauptung von Sintenis a. a. O. not. 18 sub 2, daß die entgegenstehende die gemeine Meinung sei, als richtig nicht zugegeben werden kann, und ebensowenig sich wird darlegen lassen, daß die Geltung derselben in der Praxis sich festgestellt habe, wie denn auch nur irrthümlich Sintenis hiefür unter Bezug auf Strippelmann's Entscheidungen Th. IV. Abth. 1 Seite 25 Nr. 4 sich auf die Praxis des Oberappellationsgerichts zu Cassel beruft, wenn auch in dem dort Seite 21—26 besprochenen Falle der Vater gerade seine sämmtlichen Kinder „nach den Grundsätzen des gesetzlichen Erbrechts und der gesetzlichen Erbfolge" in seinem unförmlich errichteten Testamente eingesetzt hatte.

Muß aber auch hiernach im vorliegenden Falle die vom Testirer geschehene Erbeseinsetzung der Kinder der von ihm bona mente enterbten Tochter Dorothea an sich als zulässig betrachtet werden, so erhebt sich doch jetzt noch die weitere Frage, ob diese Einsetzung formell gültig geschehen ist. Justinian hat nämlich im cap. 1 der Nov. 107 speciell vorgeschrieben, daß der unfeierlich testirende Ascendent, damit Alles klar und sicher sei, die Namen, nomina, der von ihm eingesetzten Kinder eigenhändig schreiben soll. Auch ist diese Vorschrift, wie heutzutage allgemein anerkannt wird, durch das cap. 8 der wenige Jahre später erlassenen Nov. 119 in keiner Weise aufgehoben worden, da deren Vorschrift nur die Wiederaufhebung der in der L. 29 C. de test. (6, 23) enthaltenen bezüglichen Bestimmung bezweckt, und das dort aufgestellte Erforderniß der eigenhändigen Eintragung des Namens der eingesetzten Erben nach ausdrücklicher Hervorhebung nur rücksichtlich der unter Beachtung aller Solemnitäten errichteten Testamente wieder beseitigt — vergl. darüber insbesondere Euler a. a. O. § 43. — Es hat daher von jeher nicht an Juristen gefehlt, welche in jener Vorschrift

Digitized by Google

der Nov. 107 cap. 1 eine absolute Formvorschrift in dem Sinne erblickt haben, daß es für die Gültigkeit der Erbeseinsetzung des betreffenden Kindes durchaus auf die Nennung seines Eigennamens (Vor- und Zunamens) ankommen soll, und der Name nicht durch eine anderweitige Bezeichnung soll ersetzt werden können. Auch hat das Oberappellationsgericht selbst in den Entscheidungsgründen eines in v. Rettelbladt's Rechtssprüchen IV. Nr. 69 abgedruckten Erkenntnisses, Seite 48 daselbst, sich einmal für diese Ansicht ausgesprochen, und da in dem hier vorliegenden Testamente die im § 1 sub 7 zur Erbfolge berufenen Enkel nicht unter ausdrücklicher Nennung des Namens der einzelnen, sondern unter der generellen Bezeichnung „die ehelichen Kinder meiner Tochter Dorothea Sophie, verehel. H. geb. G." neben den sub 1—6 namentlich aufgeführten Kindern ersten Grades zu Erben eingesetzt sind, so hat der erste in dieser Sache erlassene Bescheid der Justiz-Canzlei vom Standpunkte dieser, durch das jetzt angefochtene Inhäsivrespons auch keineswegs schlechthin aufgegebenen Ansicht aus sogar die formelle Gültigkeit des ganzen ihr eingereichten testamentum parentum inter liberos beanstanden zu müssen geglaubt.

Allein es ist überall kein ausreichender Grund für die Annahme vorhanden, daß Justinian für die eigenhändige Eintragung des Namens der zu berufenden Erben hier strengere Vorschriften aufzustellen beabsichtigt hat, als hinsichtlich der gleichen in der L. 29 C. de test. (6, 23) auch für das feierliche Testament aufgestellten, demnächst aber bezüglich dieses durch die Nov. 119 cap. 9 wieder aufgehobenen Vorschrift. In beiden Fällen kam es ihm nur darauf an, den Willen des Erblassers nach dieser Seite zum völlig sicheren Ausdruck zu bringen und möglichste Gewißheit darüber zu schaffen, daß dem Erblasser nicht ein nicht von ihm gewollter Erbe untergeschoben werde. Steht es daher im Uebrigen nach klaren und unzweideutigen Aussprüchen unserer Quellen fest, daß auch in Beziehung auf testamentarische Verfügung der namentlichen Bezeichnung der darin zu berücksichtigenden Personen eine solche Beschreibung rechtlich gleich zu achten ist, welche keinen Zweifel über die Identität des

Digitized by Google

gemeinten Individuums aufkommen läßt — vergl. L. 34 pr. D. de cond. et demonstr. (35, 1); L. 9 § 8 L. 48 § 1 D. de her. inst. (28, 5) — und zwar auch da, wo, wie bei der Enterbung gefordert wird, daß die Bezeichnung des zu enterbenden Kindes nominatim geschieht — vergl. l. 2 D. de lib. et post. (28, 2) pr. § 1 Jnst. de exhered. lib. (2, 13) — so kann man ohne Bedenken annehmen, daß auch rücksichtlich der in der Nov. 107 cap. 1 verlangten eigenhändigen Namensbezeichnung des einzusetzenden Kindes diesem Erforderniſſe durch eine solche anderweitige Beschreibung seiner Individualität genügt werden kann, welche die Absicht des Testirers klar und sicher erkennen läßt und jeden Streit darüber, welches Kind hat eingesetzt werden sollen, von vorneherein ausschließt, was bei der bloßen Namensbezeichnung, wie Euler a. a. O. § 44 treffend hervorhebt, nicht einmal mit gleicher Sicherheit der Fall sein würde.

Mit Recht hat daher sowohl in älterer, als auch in neuerer Zeit die Mehrzahl der Juristen sich dafür entschieden, daß das von Justinian aufgestellte Erforderniß der eigenhändigen Namensbezeichnung nicht buchstäblich zu verstehen ist, sondern dadurch nur die unzweideutige Bezeichnung der einzusetzenden Kinder durch die eigenhändige Schrift des Testirers verlangt wird: vergl. für die frühere Zeit Euler a. a. O. § 44 nota y, z und a, und von Neueren Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 42, Seite 195—197 und ebendaselbst Ed. Fein Bd. 45, Seite 74 not. 75, Sintenis, Gem. Civilrecht III., § 170 not. 18 sub 8, und Heimbach in Weiske's Rechtslexikon X. Seite 850—851. Auch haben sich für diese Ansicht sowohl das auf das vorhin erwähnte, in v. Rettelbladt's Rechtssprüchen IV. Nr. 69 abgedruckte Erkenntniß des hiesigen Oberappellationsgerichts in derselben Sache weiter ergangene, von einer Juristenfacultät eingeholte Erkenntniß Seite 98 daselbst ausgesprochen, als auch das in Strippelmann's Entscheidungen Bd. IV. Abth. 1 Seite 21 ff. besprochene, Seite 37—39 daselbst, sowie in Beziehung auf diesen Theil seines Inhalts in Seuffert's Archiv II. 68 abgedruckte Präjudiz des Ober-

Digitized by Google

appellationsgericht zu Cassel, welchem hier ein eben solches des Oberappellationsgerichts zu Celle beigefügt ist.

Da nun im vorliegenden Falle die an sich zulässige Einsetzung der sämmtlichen ehelichen Kinder der bona mente enterbten Tochter Dorothea im § 1 sub 7 des eigenhändig vom Testirer geschriebenen Testaments in solcher Weise geschehen ist, daß über die Identität und Persönlichkeit der in dieser Weise bezeichneten Erben kein Zweifel obwalten kann, so war auch von dieser Seite her kein Grund vorhanden, den Rekurrenten den beantragten Erlaß eines Mandats an den Vater dieser Kinder zur Erklärung über den Antritt der Erbschaft in Maßgabe des § 3, 3 der Verordnung vom 30. Mai 1857 abzuschlagen. Dazu kommt, daß die vorliegende letzte Willensordnung von allen denjenigen, welche dieselbe etwa wegen formeller Mängel hätten anfechten können, anerkannt ist.

---

37. Zur Lehre vom Pflichttheil. Nu. $199/_{1875}$.

Der Gutsbesitzer St. auf N. starb im Jahre 1866 mit Hinterlassung eines Testaments, in welchem er 1) seine Ehefrau, 2) seine fünf Kinder zu Erben eingesetzt und bestimmt hatte, daß seine Ehefrau außer dem ihr zu vollem Eigenthum vermachten Mobiliar lebenslang den Nießbrauch und die uneingeschränkteste Verwaltung des gesammten Nachlasses, soweit nicht über einzelne Bestandtheile anders verfügt sei, haben solle. Jedem der beiden Söhne waren statt Erbtheils bestimmte Vermögensobjecte zugewiesen: den übrigen Nachlaß sollten die drei Töchter gleichmäßig unter sich theilen, doch waren noch besondere Verfügungen getroffen, durch welche die jüngste Tochter auch für den Fall des Erlöschens des mütterlichen Nießbrauchs in der Dispositon über die Substanz ihres Erbtheils wesentlich beschränkt wurde. Endlich enthielt das Testament noch die Clausel: „Sollte wider Erwarten das eine oder andere meiner Kinder mit

Digitized by Google

den vorstehenden Dispositionen nicht zufrieden sein, oder dasselbe wohl gar gerichtlich anfechten, so sollen dasjenige oder diejenigen und zwar zu Gunsten meiner gehorsamen Kinder, event. meiner lieben Ehefrau, bis auf den Pflichttheil von meinem Nachlasse ausgeschlossen und enterbt sein."

Nach des Erblassers Tode reichten sämmtliche Erben eine von ihnen eigenhändig unterschriebene Erklärung zu den Nachlaßacten ein, worin sie den letzten Willen als gültig anerkannten, die aus demselben ihnen deferirte Erbschaft rein und ohne Vorbehalt antraten, und die Ausstellung des Erbenzeugnisses auf sie mit dem Anfügen erbaten, daß die mitunterschriebene Wittwe und Miterbin für ihre Lebenszeit über alle Nachlaßcapitalien in jeder Weise nach ihrem freiesten Ermessen zu disponiren befugt sei, wie dies in dem von ihnen anerkannten Testamente ihres Erblassers ausgesprochen sich finde. Es ward ihnen aber respondirt, daß ihnen das Erbenzeugniß in beantragter Weise nicht ertheilt werden könne, da nach dem Testamente die Wittwe und die beiden Söhne nur als heredes ex re certa instituirt worden, als solche aber in das Erbenzeugniß nicht aufzunehmen seien.

Hierauf erbat nun die Wittwe das Erbenzeugniß für ihre drei Töchter, als die generell instituirten Erben, und für sich ein Attest über die ihr nach § 3 des Testaments hinsichtlich des Nießbrauchs und der Verwaltung des Nachlasses zustehenden Befugnisse. Diesem Gesuche wurde entsprochen, nachdem eine zustimmende Erklärung der Töchter beigebracht war.

Nach diesen Vorgängen, mehrere Jahre später, klagte die jüngste Tochter wegen der durch das väterliche Testament ihr zugefügten Verletzung ihres Pflichttheilsrechts gegen ihre Mutter als Inhaberin des Nachlasses und beantragte, daß die Beklagte verurtheilt werde, ihr einen vollständigen status activus und passivus über das Vermögen ihres Vaters, wie solcher zur Todeszeit desselben bestanden, aufzustellen, dann aber, unter Beiseitesetzung der sie beschwerenden und daher ungiltigen Verfügungen des im Uebrigen intact aufrecht zu erhaltenden Testaments, ihr den aus der abgelegten Rechnung nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts sich ergebenden Pflichttheil aus

Digitized by Google

dem väterlichen Vermögen nebst 5 % Zinsen seit dem Todestage ihres Vaters rein auszukehren.

Das erstinstanzliche Erkenntniß, welches diese Klage nach verhandelter Sache rein abwies, wurde in der Berufungsinstanz vom Oberappellationsgericht durch Bescheid vom 6. September 1875 bestätigt.

Gründe:

Ist es auch richtig, daß bei unvollständiger Hinterlassung des Pflichttheils der pflichttheilsberechtigte Notherbe den Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils nach l. 35 § 2 C. de inoff. testam. (3, 28) nicht schon durch vorbehaltlose Annahme des ihm auf den Pflichttheil Zugewandten, sondern nur durch einen mit ausreichender Deutlichkeit erklärten Verzicht auf das ihm gebührende Mehr verliert, und kann es auch zweifelhaft sein, ob ein solcher Verzicht schon in der unumwunden erklärten Anerkennung des Gesammtinhalts des Testaments zu finden ist, so steht doch diesem Falle der in der l. 32, l. 36 § 1 C. eod. und Nov. XVIII. c. 3 bestimmte, da dem pflichttheilsberechtigten Notherben zwar der volle Betrag seines Pflichttheils oder sogar ein Mehreres durch Erbeinsetzung hinterlassen worden, diese Erbeinsetzung aber durch eine zugefügte Bedingung, Zeitbestimmung, oder auf den Erbtheil gelegte Belastung mit einem Vermächtniß, oder durch getroffene Dispositionsbeschränkungen hinsichtlich ihrer Wirksamkeit in solcher Weise geschmälert ist, daß der Notherbe danach nicht in den sofortigen Besitz und Genuß seines Pflichttheils gelangt, weder in factischer, noch in rechtlicher Beziehung gleich. Während es nämlich im ersteren Falle gänzlich an einer Verfügung des Testirers fehlt, wodurch dem Notherben der volle Betrag seines Pflichttheils zugewandt worden, ist hier eine solche in der That vorhanden, und die Abhülfe, welche dem Notherben gegen die in den begleitenden Nebenverfügungen liegende Beeinträchtigung seines Pflichttheilsrechts durch die betreffenden Gesetzesbestimmungen gewährt ist, besteht einfach darin, daß dieselben zu seinen Gunsten aufgehoben, und als nicht getroffen angesehen werden sollen, sobald

Digitized by Google

er dieselben wider sich nicht gelten lassen will, und, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht, so weit es sich um die ungeschmälerte Erlangung des Pflichttheils handelt, die auf dessen Hinterlassung abzielende Verfügung selbst bei Bestand bleibt und in sofortige Wirksamkeit tritt. Erkennt daher der mit solchen sein Pflichttheilsrecht schmälernden Verfügungen bekannte Notherbe seinen Miterben, sowie denjenigen gegenüber, zu deren Gunsten die betreffenden Beschwerungen auf seinen Pflichttheil gelegt sind, vorbehaltlos den Gesammtinhalt des Testamentes an, und läßt er ohne sofortigen Widerspruch dessen Anordnungen zur Ausführung gelangen, so ist es kaum anders möglich, als hierin einen Verzicht auf das ihm zustehende Recht der Anfechtung jener ihn benachtheiligenden Bestimmungen zu erblicken.

Vollends steht aber die Sache alsdann so, wenn, wie der eingesetzte Notherbe weiß, der Testirer in dem Bewußtsein, daß derselbe die den sofortigen und vollen Genuß seines Pflichttheils schmälernden Bestimmungen sich nicht gefallen lassen muß, die über das Maaß des Pflichttheils hinausgehende Erbeinsetzung an die Bedingung geknüpft hat, daß der Notherbe von diesem Rechte keinen Gebrauch macht, und für den Fall, daß derselbe die Beseitigung der auf den ganzen ihm zugedachten Erbtheil gelegten Beschwerde insoweit, als der Pflichttheil dadurch mitbelastet ist, verlangt, die Einsetzung auf dessen Betrag beschränkt, dem Testamente also die sogenannte Cautela Socini eingeschaltet hat. Hier wird der eingesetzte Erbe durch den ihm kund gegebenen Willen des Erblassers vor die Alternative gestellt, ob er das Ganze, welches ihm zugedacht ist, mit der darauf gelegten Beschwerde annehmen, also dem principaliter hierauf gerichteten Willen des Erblassers sich fügen, oder unter Ablehnung dieser Beschwerde den ihm für diesen Fall eventuell zugewiesenen Pflichttheil sofort rein und unbeschwert für sich in Anspruch nehmen will. Er hat sich daher sofort darüber zu entscheiden, was er vorzieht, und wie dieses sein Wahlrecht keineswegs davon abhängt, daß ihm der Testirer diese Befugniß ausdrücklich ein-

Digitized by Google

geräumt hat, vielmehr sich von selbst versteht, so ist auch dessen Ausübung keineswegs davon abhängig, daher bis dahin in der Schwebe, daß dieserhalb von Seiten seiner Miterben oder derjenigen, zu deren Gunsten sein Pflichttheil belastet worden ist, eine ausdrückliche Aufforderung an ihn ergeht. Spricht er also bei Antritt der Erbschaft unumwunden seine Anerkennung des Testamentes aus, so kann nur angenommen werden, daß er dessen Bestimmungen so, wie dieselben vom Testirer beabsichtigt sind, für wie gegen sich gelten lassen will, und eben dasselbe gilt, wenn er dessen ihn beschwerende Anordnungen, ohne Widerspruch dagegen zu erheben, zur Ausführung gelangen läßt, obwohl dieselben ohne seine Zustimmung nicht zur Ausführung gelangen konnten.

So steht aber die Sache hier: Durch den § 1 des väterlichen Testaments ist die Klägerin auf den vollen Betrag ihres Intestaterbtheils zur Erbin eingesetzt, und, was hier zunächst allein interessirt, ihrer Mutter, der jetzigen Beklagten, wie an dem übrigen Nachlaß, so weit dessen Bestandtheile nicht etwa einzelnen ihrer Geschwister zum sofortigen Besitz und Genuß überwiesen sind, an diesem Erbtheil in der Form einer institutio ex re certa der volle Nießbrauch mit freiester Verwaltungsbefugniß für ihre ganze Lebenszeit eingeräumt worden. Aber auch nach dem Tode der Mutter sollte die Klägerin, wie im § 5 des Testaments weiter vorgeschrieben ist, wenn auch den vollen Zinsgenuß, doch nicht die freie Verfügung über die Capitalsubstanz ihres Erbtheils erhalten, und sind die bezüglichen Beschränkungen durch ein später formlos errichtetes Codicill, dessen Gültigkeit von ihr bestritten wird, jedoch jetzt nicht zur Frage steht, noch weiter gesteigert worden. Daß durch diese den Pflichttheil mit ergreifenden Belastungen und Beschränkungen ihr Pflichttheilsrecht verletzt ist, und daß es nach Maßgabe der l. 32 und l. 36 § 1 C. de inoff. test. (3, 28), wie der Nov. XVIII. c. 3 denselben so weit die Anerkennung versagen durfte, unterliegt keinem Zweifel. Es hat aber auch der Testirer selbst dies in keiner Weise verkannt, sondern eben deshalb, um diesen seinen

Digitized by Google

Anordnungen die Anerkennung und Befolgung von Seiten seiner Kinder zu sichern, im § 9 ausdrücklich bestimmt, daß, wenn wider Erwarten das eine oder andere seiner Kinder mit diesen Dispositionen nicht zufrieden sein oder dieselben wohl gar gerichtlich anfechten sollte, das betreffende Kind zu Gunsten seiner gehorsamen Kinder, eventualiter seiner Ehefrau, bis auf den Pflichttheil von seinem Nachlasse ausgeschlossen und enterbt sein solle, also der Cautela Socini sich bedient.

Hat nun dessenungeachtet die Klägerin, mit dem Inhalte des väterlichen Testaments und diesen sie speciell betreffenden Bestimmungen, deren Härte beklagend, wie sie nicht bestreitet, bekannt, in Gemeinschaft mit ihren generell wie ex re certa eingesetzten Miterben alsbald nach des Vaters Tode urkundlich ihre Anerkennung des väterlichen Testaments vorbehaltlos erklärt, darauf hin neben ihnen die Erbschaft rein angetreten, und auf Grund dieser Erklärungen nicht nur die Ausstellung des Erbenzeugnisses bei dem competenten Erbschaftsgerichte erbeten, sondern auch bei dieser Gelegenheit weiter noch mit darauf angetragen, daß die Legitimation ihrer Mutter zur freien Verfügung über die ihrem Nießbrauch unterliegenden Nachlaßcapitalien zugleich in geeigneter Weise festgestellt werde, so läßt dieses ihr Verhalten, äußerlich betrachtet, gar keine andere Deutung zu, als daß sie damals mit dem sie betreffenden, wenngleich sie beschwerenden Anordnungen des Testirers sich einverstanden habe erklären und auf die Anfechtung der ihr Pflichttheilsrecht verletzenden Bestimmungen des Testaments habe Verzicht leisten wollen.

Dieser alsdann als unabweislich sich darstellenden Annahme einer durch jene Erklärungen beabsichtigten und ausgesprochenen Unterwerfung unter die sie beschwerenden und ihr Pflichttheilsrecht verletzenden Bestimmungen des väterlichen Testaments sucht nun freilich Klägerin durch den Einwand zu entgehen, dieselben seien von ihr, wie ihr als nöthig geschildert, bloß zu dem Ende abgegeben worden, um die Ausstellung des Erbenzeugnisses zu erwirken, daher auch nur dem Erbschaftsgerichte, nicht auch ihren Miterben gegenüber von Bedeutung,

Digitized by Google

und ebenso sei in dem auf die Legitimation ihrer Mutter bezüglichen Theile des betreffenden Antrages nur von der nach dem Inhalte des Testaments dieser zustehenden Verfügung über die Nachlaßcapitalien, wozu es nach § 12, 3 der Erblegitimations-Ordnung vom 30. Mai 1857 der Anerkennung der Erben bedurfte, nicht aber auch von dem ihr hinterlassenen Nießbrauche die Rede.

Allein wer in Gemeinschaft mit seinen Miterben und sonstigen Erbinteressenten, durch deren Concurrenz sein Erbrecht beschränkt ist, und welchen zugleich bestimmte Rechte ihm gegenüber schon an sich zustehen und noch besonders eingeräumt sind, dergleichen Erklärungen ausstellt, der kann sich darüber nicht täuschen, daß er dieselben nicht bloß dem Erbschaftsgerichte, sondern ebenso auch seinen Miterben gegenüber abgiebt, und durch seine Anerkennung des Testaments nach beiden Seiten hin es ausspricht, daß die Ordnung der Erbschaftsverhältnisse dessen Bestimmungen gemäß geschehen soll, insofern also dadurch ein Verhältniß gegenseitiger Berechtigung und Verpflichtung begründet wird, in welcher Hinsicht hier noch besonders in Betracht kam, daß, wenn die Klägerin die sofortige unbeschwerte Ausantwortung ihres Pflichttheils begehrte, nicht nur der Erbantheil ihrer das Testament anerkennenden Geschwister sich vergrößerte, sondern für den Betrag des Pflichttheils der Klägerin auch der Nießbrauch der Mutter und deren Verfügung über einen Theil der Nachlaßcapitalien hinwegfiel. Diese letztere war ferner der Mutter nicht selbständig, sondern nur auf Grund des ihr hinterlassenen Nießbrauchs durch das Testament eingeräumt. Sprach also die Klägerin die Anerkennung jener aus, so erkannte sie damit nothwendig auch diesen selbst an, und dazu kommt endlich noch, daß, auch abgesehen von dieser Verfügung über die Nachlaßcapitalien schon nach gemeinem Rechte, wie die Vergleichung des l. 1 §§ 2, 8 und 11 D. quod legatorum 43, 3 zeigt, die Mutter nur unter Zustimmung der Klägerin, soweit deren Erbantheil in Frage stand, in den Besitz des ihr vermächtnißweise hinterlassenen Nießbrauchs gelangen, bezie-

Digitized by Google

hungsweise sich darin behaupten konnte, die Klägerin aber unbestrittener Maßen dessen Ergreifung und fortwährende Ausübung durch sie geduldet, auch sich dabei beruhigt hat, daß ihre Mutter ihr einen Theil der Erträgnisse ihres Nießbrauchs, ohne durch das Testament hiezu verpflichtet zu sein, hat zukommen lassen.

Bei dieser vollen Kenntniß aller Thatsachen, welche ihr einerseits ein Recht der Anfechtung der sie betreffenden Bestimmungen des väterlichen Testaments gewährten, anderseits sie aber auch für diesen Fall mit einer Schmälerung der Substanz des ihr principaliter ausgesetzten Erbantheils bedrohten, bei der Deutlichkeit und Bestimmtheit der von ihr in Gemeinschaft mit ihren Miterben mit Einschluß der Beklagten und diesen gegenüber rücksichtlich der Anerkennung des väterlichen Testaments wie der jetzt zunächst von ihr angefochtenen Bestimmung desselben ausgesprochenen Anerkennungsacte, sowie endlich in Berücksichtigung des Umstandes, daß sie auch die verletzenden und ihrer Anfechtung ausgesetzten Bestimmungen des väterlichen Testaments ruhig hat zur Ausführung gelangen lassen, kann daher auch ihre jetzige replicando vorgebrachte Behauptung, daß sie von ihrem Bruder Carl durch täuschende Vorspiegelungen und nicht gehaltene Versprechungen zur Ausstellung jener das Testament anerkennenden Erklärungen vermocht worden sei, und diese etwas ganz Anderes besagten, als sie dadurch habe ausdrücken wollen, schon an sich nicht verfangen. Insbesondere vermag sie aber auch der Beklagten gegenüber durch die Berufung auf den ihrem Bruder Carl vorgeworfenen Dolus um deswillen nichts auszurichten, weil sich in keiner Weise erkennen läßt, daß dieser bei jenen Verhandlungen als Stellvertreter ihrer Mutter fungirt habe. Und sollte sie sich auch wirklich damals der vollen Tragweite der von ihr abgegebenen Erklärungen nicht bewußt gewesen sein, so kann sie endlich dieselben auch nicht durch Bezugnahme auf ihre weibliche Rechtsunerfahrenheit entkräften, da sie, wenn sie die von ihr als sie beschwerend empfundenen Bestimmungen des väterlichen Testaments nicht in kindlicher Unterwerfung

Digitized by Google

unter den Willen ihres Vaters ohne Weiteres anzuerkennen gesonnen war, sich dringend veranlaßt sehen mußte, ehe sie sich darauf einließ, den Rath und Beistand eines Rechtsgelehrten zu suchen, wie jede Frau in ihrer Lage in solchem Falle gethan haben würde.

Da nun auch die Einsetzung der Klägerin keineswegs unter solchen Bestimmungen geschehen ist, bei deren Einhaltung sie außer Stande gewesen wäre, zu beurtheilen, ob sie dadurch den vollen Betrag ihres Pflichttheils erhalten, mithin der von einigen Juristen, z. B. Glück, Comment. VII. Seite 89 f., Francke, Notherbenrecht Seite 249 — vergl. dagegen Arndts in Weiske's Rechtslexikon VIII. Seite 136 f. — angenommene Fall der Unwirksamkeit der Sociniſchen Cautel hier nicht vorliegt, so ist von der Sententia a qua mit Recht die von der Beklagten unter dem Namen der exceptio rei transactae et finitae der Klage entgegengesetzte Einrede des Verzichts auf das der Klägerin ursprünglich zuständig gewesene und durch das Testament selbst eingeräumte Recht, statt des ihr mit dem Nießbrauch der Beklagten beschwert zugewandten vollen Intestaterbtheils die sofortige Auskehrung des reinen Pflichttheils zu verlangen, für begründet erkannt und darauf hin die Klage unter Verurtheilung der Klägerin zum Kostenersatz abgewiesen worden.

---

38. Zur Lehre von den Vermächtnissen.

(Anwachsungsrecht. Widerruf). Be. $1159/_{1868}$.

Der Eigenthümer eines größeren gewerblichen Etablissements hatte in seinem am 16. August 1850 errichteten Testamente u. A. bestimmt, daß seinen ihn überlebenden Geschwistern sein Wohnhaus und Geschäft nebst Allem zu diesem Geschäfte Gehörenden, namentlich den Geräthschaften, Waarenvorräthen ꝛc. für 60,000 Thlr. zum Eigenthume überlassen werden solle, wenn und soweit seine Geschwister sämmtlich oder nur einzelne von ihnen dieß zu

Digitized by Google

wollen innerhalb der ersten sechs Wochen nach seinem Ableben erklären würden. Nach dem am 23. November 1866 erfolgten Tode des Testators wurde die Erbschaft von den dazu Berufenen, nämlich von der Wittwe und den Vormündern der noch unmündigen Tochter ohne Vorbehalt angetreten. Schon vor dem Erbschaftsantritte hatten drei von seinen sechs überlebenden Geschwistern innerhalb der im Testamente vorgeschriebenen Frist der Wittwe angezeigt, daß sie das Vermächtniß annähmen, und klagten sodann daraufhin gegen die beiden Erbinnen auf Uebertragung des Eigenthums an dem Vermächtnißobjecte, indem sie sich zur Zahlung der 60,000 Thlr. erboten. Die thatsächliche Begründung der von den Beklagten vorgeschützten Einreden und der Inhalt der weiteren Parteiverhandlungen ergiebt sich in erschöpfender Vollständigkeit aus den hier mitzutheilenden Gründen der oberappellationsgerichtlichen Entscheidung. Das erstinstanzliche Gericht hatte die Beklagten dem Klagantrage gemäß verurtheilt unter Vorbehalt folgender Beweise:

daß (die drei nicht mitklagenden Geschwister des Erblassers, nämlich) die unverehelichte Ernestine B., die Ehefrau des Kaufmann L. geb. B. und deren Ehemann für den Erbpächter Heinrich B. gegen die mitbeklagte Wittwe am 3. Januar 1867 durch den Advocaten X. oder am 4. Januar 1867 durch den Advocaten Y. die Annahme des Legats erklärt, sowie, daß sie ihre Rechte aus diesem Legate am 8. bzw. 17. Januar 1867 an die mitbeklagte Wittwe und diese hinwiederum die Hälfte ihrer hiedurch erworbenen Rechte am 21. Februar 1867 an ihre Tochter (und Miterbin) cedirt haben,

wogegen den Klägern der Replikenbeweis vorbehalten wurde, daß die Ernestine B. und die Ehefrau L. in der mit den Klägern über diese Angelegenheit am 1. December 1866 abgehaltenen Conferenz auf ihre Ansprüche aus dem Legate verzichtet haben.

Auf beiderseitige Appellation erkannte das Oberappellationsgericht am 24. Juli 1869:

es werde das angefochtene Urtheil, bei welchem es im Ue-

Digitized by Google

brigen das Bewenden behalte, dahin abgeändert, daß, unter Aufhebung der dort angeordneten Beweise, den Beklagten der binnen drei Wochen anzutretende Beweis ihrer Einreden dahin freigelassen werde:

entweder

1) — daß der Erblasser im Jahre 1856 in den Instructionen, welche er seinem damaligen Sachwalte zum Behufe der Errichtung eines neuen Testamentes ertheilt, demselben ausdrücklich, sei es mündlich oder schriftlich, erklärt habe, daß das im § 4 des Testaments vom 16. August 1850 angeordnete Legat bei gänzlich veränderten Verhältnissen seinem Willen jetzt durchaus entgegen sei, und daß dasselbe nicht ferner mehr bestehen solle;

oder zur theilweisen Zurückweisung der Klage:

2) — daß die unverehelichte B., die Ehefrau des Kaufmannes L. cum marito, so wie der Kaufmann L. für den Erbpächter B., und zwar dieser in Grundlage einer ihm von dem letzteren ertheilten Vollmacht gegen die mitbeklagte Wittwe B. am 3. Januar 1867 durch den Advocaten X., oder am 4. Januar 1867 durch den Advocaten Y. die Annahme des Legats erklärt haben;

wogegen den Klägern nicht nur allenthalben der directe Gegenbeweis, sondern zu der Alternative 1 auch der Beweis ihrer Replik, Beklagten der Gegenbeweis vorbehalten — freibleibt:

daß der Erblasser im Sommer 1866 dem früheren Gutsbesitzer S. mitgetheilt habe, daß nach seinem Tode sein Haus und Geschäft seinen Geschwistern wieder zufallen solle.

Gründe:

1) Die Kläger fordern von den Beklagten, als den Erben des am 23. November 1866 verstorbenen B., die Erfüllung des ihnen in dem Testamente des letzteren vom 16. August 1850 vermachten Legats, dessen Inhalt die Uebertragung des erblasserischen Wohnhauses c. p., sowie des in demselben betriebenen Geschäfts mit allem dazu Gehörigen auf sie gegen

Digitized by Google

Zahlung der Summe von 60,000 Thlr. ist. Sie erkennen freilich an, daß sie zu diesem Legate mit denjenigen ihrer Geschwister berufen seien, welche im § 1 des vorgedachten Testaments unter 2 b. d. f. aufgeführt sind, und wollen deshalb die Ausantwortung der obigen Gegenstände in Gemeinschaft mit allen testamentsmäßig Berechtigten, im Falle solche auftreten würden und dies rechtmäßig verlangen könnten; behaupten aber im weiteren Verlaufe des Processes, daß diese Ansprüche ihrer Geschwister ganz bezw. theilweise erloschen seien und wollen namentlich die Mitberechtigung der Beklagten, welche dieselben als Cessionare der letzteren geltend machen, nicht anerkennen, begehren also principaliter das ganze Legat. — Die Beklagten, welche das Testament als solches anerkennen und in Grundlage desselben die Erbschaft am 27. Februar 1867 rein angetreten haben, suchen die Klage als angebrachter Maßen verwerflich darzustellen, behaupten sodann, daß das Legat von den Klägern gar nicht erworben sei, erheben noch in jetziger Instanz den Einwand, daß dasselbe von dem Erblasser adimirt sei, und wollen endlich eventualiter nur zur Erfüllung des Legats zur Hälfte an die Kläger verpflichtet sein, indem auch die Collegatare zu ihrem Antheile dasselbe erworben hätten und sie selbst aus einer Seitens der letzteren an sie geschehenen Cession eine Mitberechtigung in Anspruch nehmen könnten.

Da die Forderung der Kläger durch den § 4 des Testamentes ohne Weiteres liquid ist, so müssen zunächst diejenigen Einreden untersucht werden, mittels welcher die Abweisung derselben beziehungsweise angebrachter Maßen und ganz erstrebt wird.

2) Die Beklagten verlangen, daß die Kläger schon in der Klage alle diejenigen Sachen, welche von ihnen als zu dem Legate gehörig beansprucht würden, hätten einzeln angeben müssen, die generelle Fassung der Klage sei unbestimmt und dunkel. Indessen Kläger fordern das Legat mit den Worten und in dem Umfange, wie solches in dem Testamente angeordnet ist. Der § 4 desselben nannte außer dem Hause auch

Digitized by Google

das darin betriebene Geschäft mit allen und jeglichen zu demselben Gehörigen; was unter dem Letzteren zu verstehen sei, war nicht erschöpfend bezeichnet, es waren nur beispielsweise und namentlich einzelne Gegenstände hervorgehoben, und durch den Zusatz „u. s. w." deutlich gesagt, daß auch noch mehr und Anderes als dies dazu gehören solle. Der Testator hatte also eine Collectivbezeichnung gewählt, um diejenigen Dinge, welche Inhalt des Geschäfts und als zu demselben gehörig zu betrachten seien, als einen Complex von Rechtsobjecten hinzustellen, welche von den Erben in ihrer Gesammtheit auf die Legatare übertragen werden sollten. Solche Complexe von Dingen hat man auch universitates facti genannt; in den Quellen des Römischen Rechts finden sich namentlich bei der Lehre von den Legaten viele Beispiele derselben; es werden häufig gewisse Regeln und Präsumtionen dafür aufgestellt, was in einzelnen Fällen als in dem Legat begriffen anzusehen sei, vorzugsweise wird aber für eine solche Entscheidung der Wille des Testators als maßgebend betrachtet. Die dort aufgestellten Regeln und Begriffe können für unsere jetzigen veränderten Verhältnisse nicht ohne Weiteres maßgebend sein, und so wird auch das vorliegende Legat nicht nach den Grundsätzen zu bemessen sein, welche über das Vermächtniß einer taberna oder eines mensae negotium gelten, es entscheiden vielmehr über seinen Inhalt der zu ermittelnde präsumtive Wille des Erblassers und die unserer jetzigen Anschauung und den allgemeinen Verkehrsverhältnissen zu entnehmenden Rechtsgrundsätze. Kläger thun jedenfalls genug, wenn sie den ihnen vermachten Vermögenscomplex so und in dem Umfange fordern, wie der sich in dem Testamente aussprechende Wille des Testators es bestimmt hat. Der Streit darüber, was im Einzelnen dazu gehöre, kann in dem Processe, welcher die Herausgabe des Legats so, wie es vermacht worden, betrifft, ausgefochten werden, es braucht dies aber nicht nothwendig zu geschehen, und es ergiebt sich daraus, daß, wenn Kläger einzelne Sachen, welche nach ihrer Meinung zu dem Legate gehören, in der Replik bezeichnet haben, darin

Digitized by Google

eine mutatio libelli nicht zu finden ist, und daß auch ihr Anspruch auf diese Sachen nicht beschränkt ist, sobald sie, daß Letzteres der Fall sein solle, nicht ausdrücklich erklärt haben. Es liegt vielmehr in der Natur der Sache, daß Alles dies Sache einer Liquidations-Instanz sein muß, welche eintreten wird, sobald über die Verpflichtung der Beklagten zur Erfüllung des Legats entschieden ist, und gleichgültig ist es hiefür, ob Kläger eine solche Liquidations-Instanz ausdrücklich begehrt oder reservirt haben, da dieselbe zu der demnächst dem Richter obliegenden Ausführung seines Spruches gehört. Unbegründet ist es auch, wenn die Beklagten moniren, daß Unmögliches von ihnen gefordert werde, da das Haus nicht binnen acht Tagen verlassen werden könne, sie auch nicht im Stande seien, den Klägern die persönlichen Concessionen und andere mit Verpflichtungen verknüpfte Rechtsverhältnisse zu übertragen. Es versteht sich von selbst, daß sie, wie auch die Kläger richtig hervorheben, nur gehalten sein können, binnen der zu bestimmenden Zeit diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche zur Realisirung des Legats erforderlich sind, und daß die Wirkung und der weitere Fortgang derselben in Gemäßheit der Gesetze einzutreten hat; über die weitere Frage aber, ob das eine oder das andere mit zu dem zu übertragenden Geschäfte gehöre, ist jetzt noch nicht zu determiniren.

3) Gleich unbegründet ist die Einrede der mangelnden Activlegitimation, gestützt darauf, daß die Kläger ihren Willen, das Legat anzunehmen, nur der Wittwe des Erblassers, nicht auch der Vertretung der minorennen Tochter gegenüber ausgesprochen hätten. Der Erwerb des Legats war davon abhängig gemacht, daß eine solche Erklärung von den Legataren binnen sechs Wochen vom Tode des Erblassers an, also bis zum 4. Januar 1867 einschließlich, abgegeben würde, es war aber für dieselbe eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben, sie war vielmehr ein Act, den die Legatare nur in einer Weise, welche ihren Willen ausdrücklich als solchen constatirte, vorzunehmen brauchten, dessen Rechtsbeständigkeit aber an eine Mitwirkung der Erben nicht gebunden war, damit das Legat

Digitized by Google

erworben würde. Daraus folgt ohne Weiteres, daß eine Verpflichtung ihrerseits, für eine vormundschaftliche Vertretung der minorennen Tochter zu sorgen, damit dieser jene Erklärung abgegeben werden könne, nicht bestand, und daß es vollkommen genügte, wenn sie in dem Wohnhause des Erblassers der dort befindlichen Wittwe, welche in dem Testamente zur Miterbin eingesetzt war, und derzeit über die Annahme der testamentarischen Erbfolge noch deliberirte, ihren Willen, das Legat anzunehmen, am 3. Januar notariell erklärten. Damit war die Bedingung, von welcher der Bestand des Legats abhing, existent geworden.

4) Wenn die Beklagten die Zahlungsofferte des Klägers vom 17. Januar 1867 als eine verfrühte bezeichnen, weil damals die Erbschaft noch nicht angetreten gewesen sei, und begehren, daß bei Anstellung der Klage realiter habe offerirt werden müssen, so übersehen sie, daß der § 4 des Testaments den Legataren keine Vorleistung auflegt, sondern anordnet, daß die Ueberlassung des Hauses und Geschäfts ꝛc. an dieselben für die Summe von 60000 Thlr. geschehen soll. Es hat also die Erfüllung von beiden Seiten Zug um Zug zu geschehen, sie, die Beklagten, verweigern dieselbe, weil sie zu derselben nicht schuldig zu sein glauben, und die Kläger thun deshalb jedenfalls genug, wenn sie sich zu der ihnen obliegenden Leistung, ja zur gerichtlichen Deposition der Gelder, mit der Versicherung, daß dieselben bereit lägen, erbieten.

5) Die Beklagten haben noch in jetziger Instanz die Einrede vorgeschützt, daß der Erblasser das angeordnete Legat später adimirt habe, und ist von den Klägern zunächst die processualische Zulässigkeit derselben bezweifelt worden, indessen mit Unrecht. Schon in den Verhandlungen erster Instanz hatten die Beklagten ihre „moralische“ Ueberzeugung dahin ausgesprochen, daß es der Wille des Erblassers gewesen sei, der § 4 des Testaments solle nicht von Bestand bleiben, gleichzeitig aber erklärt, daß hierüber eine juristische Gewißheit nicht bestehe; sie gründeten diese ihre Meinung vorzugsweise darauf, daß unter den Nachlaßpapieren der Entwurf eines

Digitized by Google

andern Testamentes aufgefunden sei, welcher anstatt jenes Legats rücksichtlich des Hauses und des Geschäfts wesentlich andere Bestimmungen enthalte. Gleich nach dem Erlaß des ersten Erkenntnisses zeigten sie an, daß in dem Nachlasse des früheren Sachwaltes des Erblassers ein Schreiben des letzteren an den ersteren gewesen sei, welches sich auf das Testament vom 16. August 1850 bezogen habe, und von dem sie Grund hätten, anzunehmen, daß es den Willen des Erblassers ausspreche, das Legat solle bei den inzwischen veränderten Verhältnissen gänzlich aufgehoben sein; der Testator habe gerade damals mit jenem seinem Sachwalte über die Errichtung eines neuen Testamentes verhandelt, dessen (obenerwähnter) Entwurf eben die veränderten Bestimmungen rücksichtlich des Legats enthalte. Den Inhalt dieses Schreibens geben sie zu nicht zu kennen, und haben deshalb eine Klage auf Exhibition desselben gegen einen der Mitkläger, in dessen Besitze es sich befinde, angestellt. Es geht daraus hervor, daß sie die Thatsachen, auf welche die Einrede gegründet ist, damals nicht so sicher kannten, um sie mit Bestimmtheit behaupten zu können. Hiebei blieben sie noch im Wesentlichen in [4] act. der jetzigen Instanz. Erst in [6] und noch sicherer in [8] ihrer Erwiderung auf die klägerische Appellation, — treten sie mit der positiven Behauptung, daß die Ademtion des Legats wirklich geschehen sei, hervor und erklären, daß sie durch verschiedene erst in jüngster Zeit zu Tage getretene oder ihnen in Erinnerung gekommene Thatsachen die feste Ueberzeugung hievon erlangt hätten, indem sie bestimmt hinzufügen, der Testator habe im Jahre 1856 sowohl in mündlichen Instructionen behufs der Errichtung eines neuen Testamentes, als auch in dem mehrerwähnten Schreiben an seinen damaligen Sachwalt ausdrücklich ausgesprochen, daß bei gänzlich veränderten Verhältnissen das Legat (de 1850) seinem Willen jetzt durchaus entgegen sei und dasselbe nicht ferner mehr bestehen solle. Ob diese letztere Thatsache richtig sei, steht hier noch nicht zur Frage und ebensowenig ist hier zu untersuchen, auf welche Weise den Beklagten jetzt die von ihnen ausgesprochene

Digitized by Google

feste Ueberzeugung gekommen ist. Daß sie dieselbe schon in früherer Instanz gehabt haben, ergiebt sich aus den Acten nicht, vielmehr geht aus letzteren hervor, daß dies nicht der Fall gewesen ist; es erweisen dies nicht bloß ihre früheren Aeußerungen, sondern auch der Umstand, daß sie, um solche Kenntniß zu erlangen, erst einen Proceß auf Exhibition jenes Schreibens angestrengt haben. Es ist deshalb die neue Einrede noch in [8] der hiesigen Acten rechtzeitig vorgebracht, und sind die Beklagten auch mit dem juramentum novorum zu verschonen, da der Inhalt dieses Eides ohnehin aus den Acten hervorgeht.

Die Einrede ist aber durch die oben citirte bestimmte Behauptung der Beklagten genügend begründet. Die Aufhebung eines Legates kann bekannten Rechten nach auch durch die nuda voluntas des Testators geschehen, wenn der letztere einen solchen entgegengesetzten Willen in genügend erkennbarer und sicherer Weise kund giebt, ohne daß die Beobachtung besonderer Formen erforderlich ist. Eine solche Aufhebung kann freilich so geschehen, daß mit derselben die Anordnung eines neuen Legats verbunden ist, aber der Eintritt der ersteren Wirkung hängt nicht unbedingt davon ab, daß der letztere Erfolg mit Rechtseffect eintrete, es sei denn, daß die Aufhebung davon abhängig gemacht ist, daß die neue Willensbestimmung rechtlich Bestand habe. Ist bestimmt erklärt, daß es unter allen Umständen aufgehoben sein solle, so tritt die Ademtion sofort und unabhängig von den Schicksalen der neuen Verfügung ein.

l. 7. 20 D. de adim. vel transf. leg. (34, 4),
l. 34 pr. D. de leg. I. (30),
l. 18 D. de leg. III. (32). Vgl. auch l. 27 C. de fid. (6, 42).

In dem Inhalte des von den Beklagten angezogenen § 11 des späteren Testamentsentwurfes kann nun allerdings eine translatio legati gefunden werden, der Testator beabsichtigte nach ihrer Angabe dem Legate einen anderen Inhalt zu geben. Ist aber das richtig, was sie über die Erklärungen desselben

Digitized by Google

aus dem Jahre 1856 anführen, so war damit sein Wille, das in dem Testamente vom 16. August 1850 enthaltene Vermächtniß unter allen Umständen aufzuheben, ganz unzweideutig ausgesprochen und er deliberirte darüber, ob er nicht ein neues Legat anordnen wolle und welchen Inhalt ein solches haben solle, hatte auch die Absicht, daß dies geschehe, hat aber diesen Plan nicht ausgeführt.

Nirgend wird ersichtlich, daß er die Aufhebung jenes Vermächtnisses davon abhängig gemacht habe, daß er ein neues anordnen werde. Daß die vom Beklagten in Bezug genommene Aufhebung nur unter dieser letzteren Voraussetzung erfolgt sei, behaupten Kläger auch nicht positiv, sondern sie wollen den Schluß, daß nur eine auf die künftige Aufhebung durch einen demnächst vorzunehmenden solennen Act gerichtete Absicht vorgelegen habe, lediglich aus der eigenen Erzählung der Beklagten herleiten, eine Combination, welche, wie aus Obigem hervorgeht, unbegründet ist, und deshalb zu einer besonderen Beweisauflage für die Kläger nicht führen kann. Es war danach den Beklagten der Beweis dieser ihrer Einrede freizulassen.

6) Die Behauptung der Kläger in [10] der hiesigen Acten, der Erblasser habe noch im Jahre 1866 — wie sie in [12] zulässiger Weise emendiren — dem früheren Gutsbesitzer S. mitgetheilt, daß nach seinem Tode sein Haus und Geschäft seinen Geschwistern wieder zufallen solle, es habe deshalb der § 4 des Testaments bis zum Tode seinem Willen entsprochen, ist nicht, wie Beklagte annehmen, Gegenstand des directen Gegenbeweises bezüglich des ihnen aufgelegten Einredenbeweises, da die dem letzteren zu Grunde liegende Thatsache durch das Anführen der Kläger nicht negirt oder aufgehoben wird, sondern es bildet dieselbe den Inhalt einer selbständigen Replik. Die ademtio legati nuda voluntate vernichtet das Vermächtniß nicht ipso jure, wie eine formelle Aufhebung, sondern giebt dem belangten Erben eine exceptio doli, gegründet darauf, daß das Legat gegen den Willen des Erblassers ge-

Digitized by Google

fordert werde, weil derselbe den entgegengesetzten Willen kundgethan habe,

l. 3 § 11, l. 15, l. 22 D. de adim. vel transf. leg. (34, 4).

Die Behauptung, daß der Testator diesen Willen später wieder geändert habe und zu seiner ersten Ansicht zurückgekehrt sei, daß also das Legat dem Willen desselben bis zu dessen Tode entsprochen habe, ist daher ein selbständiges Moment, welches die an sich begründete Einrede der Ademtion zurückschlägt. Dies geht klar aus der l. 15 cit., vgl. auch l. 4 eod., hervor, wo der Nachweis eines später geänderten Willens den Erfolg hat, daß die Einrede, gestützt auf eine früher durch Veräußerung der legirten Sache geschehene Ademtion, dem Legatar nicht entgegensteht. Der Ademtion durch Veräußerung steht aber diejenige durch eine formlose Erklärung in dieser Beziehung völlig gleich, und ist deshalb der Meinung der Beklagten, daß die einmal geschehene Aufhebung des Legats durch eine solche formlose Erklärung nicht wieder ungeschehen gemacht werden könne, nicht beizupflichten.

Hat der Erblasser wenige Monate vor seinem Tode die oben erwähnte Aeußerung gemacht, so ist dadurch sein Wille genügend constatirt, daß seine Geschwister aus dem Nachlasse sein Haus und sein Geschäft erhalten sollten, und da nicht vorliegt, daß er dieserwegen etwas anderes bestimmt hat, aus den Anführungen der Beklagten sich vielmehr ergiebt, daß er die veränderte Absicht, welche er im Jahre 1856. hegte, nicht ausgeführt hat, so kann nur angenommen werden, daß er das Legat so wollte, wie er es in seinem Testamente vom 6. August 1850 angeordnet hat, da letzteres nunmehr als sein letzter Wille erscheint. — Es war deshalb den Klägern der Beweis ihrer desfallsigen Behauptung freizulassen. Dagegen kommt nicht in Betracht, was die Beklagten in [11] der hiesigen Acten über eine Aeußerung des Erblassers anführen, welche derselbe im Jahre 1866 zu der verehelichten L. dahin gemacht haben soll, daß er sein Geschäft, sobald er nach Hause zurückkehre, verkaufen wolle. Nur der wirkliche Verkauf würde

Digitized by Google

hier von Relevanz sein und in jener Aeußerung liegt nicht die Absicht ausgesprochen, daß die Geschwister auch dann, wenn er nicht verkaufe, das Legat nicht haben sollten.

7) Eine fünfte Einrede ist darauf begründet, daß auch die drei anderen Geschwister der Kläger, die B., der Erbpächter B. und die verehelichte L. cum marito, zu rechter Zeit die Annahme des Legats erklärt, diese ihre Antheile aber der Wittwe B. cedirt hätten, und daß letztere wiederum die Hälfte der ihr dadurch erworbenen Rechte vor dem Waisengerichte ihrer Tochter abgetreten habe, so daß die Beklagten als Mittheilnehmer an dem Legat erschienen und dasselbe den Klägern schlimmsten Falls nur zur Hälfte herauszugeben brauchten.

Wenn die Kläger sich hiegegen darauf berufen, daß jene, übrigens von ihnen abgeleugnete Erklärung ihrer Geschwister deshalb unwirksam sei, weil sie nur vor der Wittwe ausgesprochen, nicht auch der Vormundschaft der minorennen Tochter eventualiter dem Waisengerichte gegenüber abgegeben worden, so ist dieserwegen auf das in rat. 3 Gesagte zu verweisen.

Von größerer Wichtigkeit ist der Einwand, daß, wenn auch die drei Geschwister das Legat erworben haben sollten, die dadurch erworbenen Rechte durch die von den Beklagten behaupteten Cessionen nicht auf die letzteren übertragen, sondern nach den Grundsätzen über Confusion untergegangen seien, indem das Legat nicht schon das Eigenthum der legirten Sachen selbst geben solle, sondern nur eine Forderung der Legatare auf Abtretung derselben begründe, mithin ein obligatorisches Verhältniß constituire, in welchem die Legatare die Gläubiger, die Erben die Schuldner seien; die Cession der Forderung des Gläubigers an den Schuldner aber bewirke nur den Untergang der Forderung, mit dem Wegfall der Collegatare sei also den eigenen Erklärungen der Beklagten zufolge ihnen, den Klägern, nach dem ausgesprochenen Willen des Erblassers das ganze Legat erworben. Allein der Satz, daß das Zusammentreffen der Forderung und Schuld in Einer Person, auch durch eine Cession des Gläubigers an den

Digitized by Google

Schuldner, die Confusion, also das Aufhören des Forderungsrechts bewirkt,

Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts § 352 Anm. 2,

Baron, Gesammtrechtsverhältnisse Seite 340—342,

und daß eine durch Confusion erloschene Forderung nicht mehr cedirt werden kann,

l. 20 § 1 D. de hered. vel act. vend. (18, 4),

trifft den vorliegenden Fall nicht.

Da das Vermächtniß dem Legatar ipso jure erworben wird, sobald er es nicht ausschlägt, so ist die Hinzufügung des „si volet" als eine wahre Bedingung anzusehen, bei deren Eintritt erst der dies legati cedit.

l. 65 § 1 D. de leg. I.,

l. 69 D. de cond. et dem. (35, 1).

Die hiegegen neuerdings erhobenen Bedenken, vergl. Unger, Syst. des Oestr. Privatrechts II. Seite 60 n. 9 VI. Seite 260 n. 11, 263 n. 5 und die dort angeführte Literatur,

können gegenwärtig unerörtert bleiben, da hier der Erwerb des Legats davon abhängig gemacht ist, daß die Erklärung der Annahme binnen einer bestimmten Frist geschehe. Mit dieser Annahme trat für die Legatare der Erwerb des auf der Disposition des Testators beruhenden Vermächtnißrechts ein, dessen Geltendmachung und Realisirung noch von dem Hinzukommen des dies veniens, des Erbschaftsantritts, abhängig war, mit dem letzteren aber von selbst und zwar mit rückwirkender Kraft eintrat. Dies Recht auf das Vermächtniß kann, wie jede andere bedingte oder betagte Forderung, wenn nichts anderes vorgeschrieben ist, von dem Berechtigten auf einen dritten übertragen werden,

Roßhirt, die Lehre von den Verm. Th. I. Seite 476.

Diese Uebertragung ist, die Richtigkeit der beklagtischen Angaben vorausgesetzt, Seitens dreier Collegatare nach dem Eintritt des dies cedens auf die Wittwe des Erblassers, welche in dem Testamente zur Hälfte der Erbschaft berufen war, geschehen, aber zu einer Zeit, wo — wie unter den Parteien

Digitized by Google

nicht bestritten ist — der Erbschaftsantritt noch nicht erfolgt war. Die Wittwe trat damit an die Stelle ihrer Cedenten und erst, als dieselbe später durch die Antretung der Erbschaft zugleich Schuldnerin aus dem Legate zu ihrer Erbschaftsquote, also zur Hälfte, ward, erfolgte die Vereinigung der Forderung und der Schuld in ihrer Person zu dieser Hälfte, wogegen sie die erstere zur zweiten Hälfte gegen ihre Miterbin behielt; cedirte sie sodann auch diese an die letztere, so trat in deren Person die confusio auch wegen des Restes der Forderung aus dem Legate ein.

Das Legat war nun nicht so angeordnet, daß die Collegatare durch den Erwerb correi credendi wurden, in diesem Falle würde die Vereinigung der Forderung und der Schuld in der Person des Schuldners nach dem für Correalobligationen geltenden Grundsatze: confucione persona tantum eximitur

l. 71 pr. D. de fidej. (46, 1)

nur den Erfolg gehabt haben, daß der eine correus weggefallen, das Recht der übrigen aber intact geblieben wäre. Zu dem Vermächtnisse waren die sechs Geschwister defuncti in der Art gerufen, daß sie dasselbe zusammen haben sollten und zwar so, daß, wenn einer oder mehrere wegfielen oder es nicht wollten, die Uebrigen, sei es auch nur einer derselben, unbeschränkt es erhielten. Dadurch war eine conjunctio geschehen in der Art, wie eine solche in l. 80 D. de leg. III. ausgedrückt ist: tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. Sobald durch die Seitens aller Collegatare innerhalb der vorgeschriebenen Zeit abgegebene Erklärung die Concurrenz eintrat, erwarben Alle die Forderung auf Uebertragung des Gegenstandes des Vermächtnisses pro parte und durch die Realisirung dieser Forderung trat demnächst rücksichtlich der legirten Sachen eine communio ein, da nach der Natur der letzteren die partes indivisae waren. Das so erworbene Recht eines Jeden der Legatare geht auch vor dem dies veniens auf dessen Erben über und ist an sich übertragbar, ein Anwachsungsrecht kann nach dem dies cedens nur noch dadurch eintreten, daß Einer der Colle-

Digitized by Google

gatare das Legat ausschlägt. Eine solche repudiatio liegt aber nicht vor, wenn der Legatar das erworbene Vermächtnißrecht einem Dritten überträgt, zumal wenn er vorher ausdrücklich erklärt hatte, es haben zu wollen. Daß aber später, nachdem die Annahme erklärt worden, die Collegatare repudiirt hätten, ist von den Klägern nicht behauptet worden, die Bedingung für die Accrescenz ist also auf ihrer Seite überall nicht eingetreten.

Wenn auch der Erbe den Theil eines Prälegates, welcher auf seine Erbportion fällt, nicht als Legatar haben kann, so verliert er ihn doch nicht, sondern behält ihn in seiner Eigenschaft als Erbe — abgesehen von dem Vorhandensein von Collegataren — er wird also auch das Vermächtnißrecht eines Legatars so erwerben können, daß er in dasselbe als Erbe eintritt, und wenn dies Recht besteht in dem Anspruche auf die Uebertragung untheilbarer Sachen, zu welchen auch Andere gerufen sind, so wird dasselbe dahin realisirt werden können, daß der auf seinen Cedenten fallende Antheil der communio bei ihm als Erben bleibt, er also mit denjenigen, welche das Recht seines Cedenten beschränkten, in Rechtsgemeinschaft tritt, falls nicht ein Accrescenzrecht wirksam wird. Letzteres aber ist, wie oben gezeigt, hier nicht der Fall.

Nach der Cession an die Wittwe, nachdem diese die Hälfte weiter cedirt hatte, erfolgte der Erbschaftsantritt der nunmehrigen Inhaber des betreffenden Rechts, damit trat unzweifelhaft eine confusio ein. Die confusio aber ist ein Aufhebungsgrund der Obligationen, welche freilich keine Zahlung ist, aber jure solutionis wirkt,

l. 50. 71 pr. D. de fidej. (46, 1),

l. 41 § 2 D. de evict. (21, 2),

diese Wirkung aber auch Dritten gegenüber hat,

l. 21 § 1 D. de lib. leg. (34, 3), siehe auch

Windscheid, Lehrbuch II. § 352 Anm. 4.

Rücksichtlich der Kläger steht also durch den Erbschaftsantritt der Cessionare die Sache so, als hätten dieselben den Collegataren die Hälfte des Legats geleistet, dieselben sind mithin

Digitized by Google

auch dann, wenn die behauptete Cession erfolgt ist, ihnen gegenüber immer nur noch zur Herausgabe der zweiten Hälfte verpflichtet und da sie die ihnen cedirten Antheile in der Erbschaft zurückbehalten, so würden sie den Klägern gegenüber in dieselbe Gemeinschaft treten, welche ohne die Cession zwischen den letzteren und den Collegataren stattgefunden hätte.

Dieser Auffassung widerspricht auch nicht der Satz der l. 3 § 2 D. de his, quae pro non script. hab. (34, 8.) Quae in eam causam inciderunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.

Demselben steht der ebenso allgemeine Satz der l. 85 § 1 D. de R. J. entgegen:

Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt.

Das Prälegat fällt beim Vorhandensein von Collegatariis conjunctis für den Erben aus, quia heredi a semetipso legatum dari non potest und weil das, was er als Legat nicht erwirbt, den Collegataren vermöge der Conjunction anwachsen soll. Ist aber von einem der Mitbedachten der auf ihn fallende Theil als Legat erworben und es findet eine repudiatio nicht statt, so kann das Accrescenzrecht nicht eintreten, es fehlt dann eine der beiden obigen Voraussetzungen, die Dispositition des Collegatars, welcher seinen Antheil auf den Erben überträgt, hat mithin nicht mehr den durch die conjunctio bedingten Erfolg, daß letzterer diesen Theil aus der Erbschaft verliere und den übrigen Legataren herausgeben müsse. Es fehlt an der Gleichartigkeit der Verhältnisse für die Anwendung jenes Grundsatzes von der Unwirksamkeit der Prälegate auf den hier vorliegenden Fall.

8) Die Kläger suchen aber die Unwirksamkeit dieser Uebertragung des Vermächtnißrechts auf die Erben daraus zu deduciren, daß dieselbe gegen den Willen des Testators verstoße und durch das Testament als ausgeschlossen anzusehen sei. Die Berufung darauf, der Testator habe gewollt, daß das Geschäft unter seinem Familiennamen fortgeführt werde, ist

Digitized by Google

offenbar unbegründet. Das kann nicht der Beweggrund für die Anordnung des Vermächtnisses gewesen sein; denn wenn es von allen Legataren angenommen ward, so waren unter den Inhabern des Geschäfts drei Schwestern, welche verheirathet sind, also nicht den Namen des Erblassers, sondern diejenigen ihrer Ehemänner führten, und wenn etwa die Auflösung der Gemeinschaft durch Verkauf beschlossen ward, — für welchen Fall im Testamente eine Vorsorge nicht getroffen war — so stand gänzlich dahin, ob der neue Acquirent den Namen des Erblassers führen werde. — Aus dem Inhalte des Legats selbst aber und aus dem Umstande, daß der Erblasser, wie Kläger unter Widerspruch der Beklagten ausführen, durch das väterliche Testament gegen seine Geschwister bevorzugt worden sei und diese Ungleichheit durch das Legat wieder habe ausgleichen wollen, ergiebt sich jene Folge ebenfalls nicht. Aus der Anordnung des Vermächtnisses folgt — es mag den Testator das angegebene Motiv geleitet haben oder nicht — nur, daß alle diejenigen seiner Geschwister den durch dasselbe gebotenen Vortheil haben sollten, welche davon Gebrauch zu machen Willens sein, daß aber, wenn Einer oder Mehrere dies nicht wollten, die Uebrigbleibenden es ganz haben sollten. Diejenigen, welche sich für die Annahme aussprachen, beschränkten also die Collegatare nach dem Willen des Testators, die Verfügung über den so erworbenen Antheil war ihnen nicht untersagt, sie konnten die Realisirung des in dem Legate liegenden Vermögenswerthes auch durch Uebertragung an einen Dritten realisiren, ja es kann nicht als ausgeschlossen gelten, wenn sie etwa durch diese Uebertragung eine Liberalität übten. Ob die Wittwe den Cedenten einen Entgelt für die Cession gegeben hat, erhellt nicht, es liegt aber auch nicht vor, und ist nicht anzunehmen, daß der Testator grade seine Erben in dieser Beziehung schlechter habe stellen wollen, als jeden beliebigen Dritten. Wenn auch in diesem Falle die Uebertragung des Rechts gerade an Denjenigen geschah, gegen welchen es wirksam werden, welcher also nach der Anordnung des Legats die Vermächtnißnehmer nicht beschränken sollte, so ging doch auch

Digitized by Google

der Wille des Erblassers nicht weiter und beschränkte die Legatare in der Disposition über das erworbene Recht nicht, da nicht bestimmt war, daß dasselbe nur in ihrer Person von Wirksamkeit bleiben solle.

Daraus folgt denn auch, daß die Replik der Simulation unbegründet ist. Die Kläger hatten, wenn durch die rechtzeitige Erklärung der Collegatare die gestellte Bedingung auch für diese eingetreten war, kein Recht mehr auf das ganze Legat. Disponirten letztere über ihren Antheil zu Gunsten einer Erbin, so machten sie nur von einem ihnen zustehenden Rechte Gebrauch und selbst, wenn dieselben von Jener einen Entgelt nicht erhielten, so liegt darin nicht ohne Weiteres eine Chicane gegen die Collegatare, sondern es erhellt daraus nur ihr Wille, daß sie Jener den Vortheil lieber gönnen wollten, als den Letzteren. Diese Absicht liegt in der ertheilten Cession ohne Weiteres vor und die Kläger haben keine Momente angeführt, aus welchen hervorginge, daß die Collegatare bei der Cession die Absicht nicht gehabt hätten, daß die Wittwe die ihnen zustehenden Rechte bei der Realisirung des Legats ausübe. Vielmehr gehen Kläger gerade davon aus, daß durch diese Cession der Erfolg habe herbeigeführt werden sollen, daß sie nur die Hälfte des Legates erhielten, ein Resultat, welches nur eintreten konnte, wenn die Wittwe sie ex cessione der Collegatare beschränkte. Von einer fraudulosen Vereitelung ihres Rechts kann keine Rede sein, da sie nur das erhalten, was sie nach dem Willen des Testators für den jetzt eingetretenen Fall, daß alle Legatare sich für die Annahme des Legats erklärten, haben sollten. War aber die Cession keine simulirte, so konnte auch die Annahme des Legates nicht simulirt sein, da jene nothwendig voraussetzte, daß diese geschehen war.

9) Es mußte sonach den Beklagten der Beweis der von ihnen vorgeschützten Einrede freigelassen werden und sind nunmehr die von beiden Theilen gegen die Fassung und den Umfang desselben erhobenen Bedenken zu besprechen.

Nach der Behauptung der Beklagten hat der Erbpächter B. am 3. und 4. Januar 1867 die Annahme des Legates durch

Digitized by Google

die Advocaten X. und Y. nicht selbst erklärt, sondern es ist dies durch den Kaufmann L. für ihn geschehen. Die sententia a qua hält solches für genügend und den Nachweis einer Bevollmächtigung des Kaufmanns L. für entbehrlich, weil in der von den Beklagten behaupteten Cession des B. vom 8. Januar eine nachträgliche Ratihabition der von dem ꝛc. L. abgegebenen acceptirenden Erklärung liege. Die Kläger aber fordern den Nachweis einer solchen vorherigen Bevollmächtigung. Und mit Recht. — Der 4. Januar 1867 war der letzte Tag, an welchem die Erklärung, das Legat haben zu wollen, von den Legataren wirksam abgegeben werden konnte, erfolgte dieselbe bis dahin nicht, so war die Bedingung, an welche der Erwerb des Vermächtnisses geknüpft worden, deficient und das letztere konnte nun nicht mehr erworben werden. Es war also nothwendig, daß jener Wille in der Person der einzelnen Legatare zunächst vorhanden war und daß er ausgesprochen wurde. Der Erbpächter B. kannte das Legat bereits vor diesem Tage, ein fremder Wille, es haben zu wollen, konnte ihm dasselbe nicht verschaffen. Erfolgte die Erklärung für ihn durch einen Dritten, so mußte dieselbe den Willen aussprechen, welchen er selbst hatte, und dies würde vorliegen, wenn er Jenen bevollmächtigt hatte, eine solche Erklärung abzugeben und wenn diese bis zum letzten Tage der Frist verlautbart wurde. Die für ihn ohne Auftrag abgegebene Erklärung konnte freilich auch wirksam werden, wenn er sie später ratihabirte, weil dann sein Wille zu derselben hinzutrat, aber gerade, weil letzteres der Fall sein mußte, war es nothwendig, daß er bis zum 4. Januar ratihabirte. Denn es gilt der Rechtssatz, daß, wenn der Zeitraum, innerhalb dessen eine Willenserklärung erfolgen muß, um überhaupt wirksam zu sein, bestimmt ist, die der Genehmigung bedürfende Erklärung nicht wirken kann, wenn nicht diese selbst, die Ratihabition, innerhalb jener Zeit erfolgt ist.

l. 24 pr. D. ratam rem. hab. (46, 8); vergl. l. 7 eod. Daß der Erbpächter B. den Kaufmann L. zur Abgabe der betreffenden Erklärung bevollmächtigt habe, ist von den Be-

Digitized by Google

klagten behauptet worden, nicht aber, daß Jener bis zum 4. Januar 1867 die Thätigkeit des Letzteren nach dieser Richtung hin ratihabirt habe und so mußte den Beklagten auch der Beweis jener Thatsache aufgelegt werden.

Die Beklagten beschweren sich über den Umfang und die cumulative Fassung des Beweissatzes. Richtig ist es, daß wenn auch nur bewiesen werden kann, daß einer oder daß zwei der übrigen Geschwister rechtzeitig die Annahme des Legats ausgesprochen haben, die Kläger immer nicht die Herausgabe des ganzen Legats an sie allein beanspruchen, sondern dieselbe nur zu $^3/_4$ bezw. $^3/_5$ begehren können und daß damit schon die Klage, insoweit sie mehr verlangt, zurückgeschlagen wird. Von der Führung des Beweises der behaupteten Cessionen würde nur die Frage abhängig sein, an wen die Theile der rechtzeitig acceptirt habenden Collegatare herauszugeben sind, ob an diese selbst oder ob diese Theile bei den Erben verbleiben, sei es bei der Wittwe allein oder bei dieser und ihrer Tochter; es haben also diese Beweise nur Einfluß darauf, wer bei der demnächstigen Auskehrung des Legats mit den Klägern in eine Gemeinschaft rücksichtlich der Gegenstände desselben eintritt. Diese Frage ist aber nicht Gegenstand des gegenwärtigen Rechtsstreites, in welchem es sich nur darum handelt, ob die Kläger das ihnen vermachte Legat überall, ferner ob sie es eventualiter ganz oder nur zu einem Theile fordern können, derselbe ist erledigt, sobald hierüber entschieden ist. Ueber das Schicksal der ihnen etwa nicht anfallenden Theile des Legats ist in demselben keine Bestimmung zu treffen. Es waren deshalb die von den Beklagten behaupteten Cessionen ihnen nicht zum Beweise aufzulegen und konnte ihre weitere Beschwerde über die cumulative Fassung des ersten Theils des Beweissatzes der sententia a qua durch einen entsprechenden allgemeinen Vorbehalt in der jetzigen formula sententiae erledigt werden.

10) Diese Einrede haben die Kläger wenigstens zum Theil durch die Replik des Verzichts zu beseitigen versucht, indem sie behaupten, daß bei einer Besprechung der Collegatare am

Digitized by Google

18. December 1866 über die Annahme des Legats auf Befragen eines Mitklägers die B. erklärt habe, daß sie auf ihr Recht Verzicht leisten wolle, die verehelichte L. mit ihrem Ehemanne aber die Erklärung abgegeben habe, daß auch sie auf ihr Recht Verzicht geleistet haben wolle und hieraus folgere, daß das Legat für diese Beiden verloren gegangen sei. Von einer Anwesenheit des Erbpächters B. sagen sie nichts, während sie die Annahmeerklärungen der übrigen Legatare verzeichnen; die Beklagten sagen in der Duplik, daß Jener nicht gegenwärtig gewesen sei, und dem haben Kläger in jetziger Instanz bei der wiederholten Besprechung dieser Replik nicht widersprochen. Die Beklagten haben diese Behauptung der Kläger in Abrede genommen und nur zugegeben, daß die B. bei der fraglichen Gelegenheit erklärt habe, sie wolle auf ihr Recht Verzicht leisten, jedoch nur zu Gunsten der Wittwe, im Uebrigen aber haben sie auch die rechtlichen Folgen, welche Kläger an jene Thatsachen knüpfen, bestritten.

Um die rechtlichen Wirkungen eines solchen Verzichts, wenn derselbe vorgekommen sein sollte, zu beurtheilen, ist daran zu erinnern, daß das Legat, wie ad rat. 7 gezeigt worden, an die Bedingung geknüpft war, daß es binnen sechs Wochen nach dem Tode des Erblassers angenommen werde. Die Annahme müßte also rechtzeitig erklärt werden, die Erbschaft mochte angetreten sein oder nicht. Es fragt sich, ob, wenn die Legatare sich noch während laufender Frist für die Ablehnung ausgesprochen, dies ohne Weiteres, eventualiter unter welchen Voraussetzungen die Deficienz der Bedingung zur Folge hatte, oder ob sie die Freiheit behielten, trotzdem noch bis zum Ende der gesetzten Zeit die Annahme zu erklären. Jener Verzicht ist nun nach den Anführungen der Kläger nicht den im Testamente eingesetzten Erben, sondern den Collegataren gegenüber ausgesprochen. Eine Verpflichtung der Einzelnen, sich damals schon über Annahme oder Nichtannahme schlüssig zu machen und zu erklären, bestand ohne Zweifel nicht, hiezu blieb ihnen die ganze Zeit von sechs Wochen frei und eine solche Verpflichtung wurde auch nicht dadurch hervor-

Digitized by Google

gerufen, daß einer der Legatare die übrigen zu einer Conferenz zusammenrief und diese seiner Einladung folgten. Es liegt nichts dafür vor, daß ein Jeder der Erschienenen mit der Absicht gekommen sei, sich über den zur Frage stehenden Punkt definitiv und in der Weise, daß er davon nicht mehr zurück könne, zu erklären und daß diese Absicht ausgeführt sei; es kann dies bei dem Fehlen anderweitigen Materials für die Beurtheilung um so weniger angenommen werden, als Einer der Legatare nicht zugegen war, mithin eine definitive Erledigung der Sache damals noch gar nicht erreicht werden konnte. — Die Ablehnung eines der Legatare *mit der Wirkung des Wegfalls des Legats* für ihn gab allerdings den Collegataren das Recht der Accrescenz. Gelang es ihnen also, den Einen oder Anderen dergestalt zu binden, daß dessen Verzicht unwiderruflich war, so war ihnen das Recht des Collegatars zugewachsen und jede Berufung auf eine von demselben später erklärte Acceptation ihnen gegenüber ausgeschlossen. Dazu aber wäre mindestens nöthig gewesen, daß sie die Erklärung nicht annehmen zu wollen, für sich acceptirten, weil nur dadurch eine Verpflichtung der Collegatare, hiebei zu bleiben, begründet wurde, und ihnen, den Klägern, nur dann ein sofort wirksames Recht, die ihnen anwachsenden Theile derselben für sich geltend zu machen, gewonnen wurde. Daß ein solcher Accept des von der B. und der verehelichten L. erklärten Verzichts erfolgt sei, haben die Kläger aber nicht behauptet, auch nachdem die Beklagten auf das Fehlen desselben hingewiesen und bestimmt angegeben haben, daß er nicht geschehen sei, es kann ihnen deshalb auch der Beweis dieser Thatsache nicht freigelassen werden. Daß der Accept aber als sich von selbst verstehend angenommen werden müsse, folgt aus dem Umstande, daß die Conferenz zur Erklärung über den § 4 des Testaments von einem der Legatare angesetzt war, daß diejenigen, welche den Verzicht ausgesprochen haben sollen, zu derselben erschienen und daß die Kläger sich für die Annahme des Legats erklärten, keineswegs, um so weniger, als nach der Behauptung der Beklagten jene Conferenz nur zum

Digitized by Google

Zwecke einer vorläufigen und allgemeinen Besprechung dieser Angelegenheit hat dienen sollen.

Die Replik des Verzichts war somit zu verwerfen.

11) Die vorige Sentenz ist von den Klägern sodann noch aus zweien Gründen angefochten worden. Die erste Beschwerde geht dahin, daß ihnen nicht neben der Verurtheilung der Gegner die Ansprüche gegen dieselben auf die Erstattung des durch deren mora veranlaßten Schadens vorbehalten worden seien. Dieselbe ist unbegründet. Sowohl in [1], als auch in [3] pr. protestiren sie freilich gegen alle Schäden, welche ihnen durch die verzögerte Erfüllung ihres Anspruches erwachsen seien, und noch ferner entstehen und reserviren sich dieserwegen alle Rechte. Sie haben aber solche Schäden nicht zum Gegenstande der angestellten Klage gemacht, erklären vielmehr, daß sie wegen derselben später eine besondere Schadensersatzklage erheben wollen. Diese ihre Erklärung liegt deshalb actenmäßig vor, es muß aber dahin gestellt bleiben, welche Wirkung dieselbe auf die Möglichkeit einer künftigen Geltendmachung ihrer Schadensansprüche hat, da diese Frage nicht Gegenstand des jetzigen Rechtsstreites ist, und es ist nicht zulässig, daß in dem Erkenntnisse, welches den letzteren entscheiden soll, denselben durch einen Ausspruch vorgegriffen werde.

Die zweite Beschwerde ergreift den Punkt, daß die Beklagten nicht verurtheilt sind, das vermachte Grundstück kostenfrei zu verlassen. Derselbe ist in den Verhandlungen der ersten Instanz von keiner der Parteien angeregt worden und die Kläger selbst haben die Uebertragung des Grundstücks auf Kosten der Beklagten in der Klagbitte nicht begehrt, sie können also auch nicht dadurch beschwert sein, daß die sententia a qua die Beklagten zur Uebertragung des Grundstücks so und in der Art, wie sie selbst es gebeten haben, und wie der Inhalt des Testamentes selbst es vorschreibt, verurtheilt hat. Auch liegt für den jetzigen Richterspruch keine Veranlassung vor, auf dies ihr Verlangen einzugehen, da der Testator selbst über die Frage, wen diese Kosten treffen sollen, keine Bestimmung getroffen hat.

Digitized by Google

12) Wegen der Beschwerde der Beklagten, daß den Klägern in der sententia a qua eine Liquidationsinstanz vorbehalten worden, kann im Wesentlichen auf die Ausführungen der rat. 2 verwiesen werden. Die Specification aller der Gegenstände, welche in dem Legat enthalten sind, brauchte in der Klage nicht zu geschehen, sondern die Kläger thaten genug, wenn sie es so forderten, wie es vermacht worden. Die Ermittelung, was Inhalt desselben in Gemäßheit solcher Anordnung sei, konnte erst alsdann geschehen, wenn die Auskehrung des Legats zur Frage stand. Die Liquidation muß also zu diesem Zeitpunkte erfolgen, wenn auch Kläger eine besondere Liquidationsinstanz in der Klage nicht gefordert haben, weil sie sich von selbst versteht, und die Beklagten sind durch den betreffenden Vorbehalt nicht gravirt.

Ebenso unbegründet ist ihre Beschwerde, daß sie verurtheilt seien, den Klägern das Grundstück binnen 14 Tagen zu verlassen und daß ihnen dadurch etwas Unmögliches angesonnen werde, da die Verkündigung mit vierwöchiger Frist vorausgehen müsse, daß ferner Kläger von ihnen nur die Vornahme der Verkündigung verlangten, die Verurtheilung also über diese Bitte hinausgehe. Es bedarf kaum der Hinweisung darauf, daß sie durch die sententia a qua nur verurtheilt sind, diejenigen Handlungen binnen 14 Tagen vorzunehmen, welche nothwendig sind, um die Verlassung des Grundstücks herbeizuführen; die erste derselben ist der Antrag auf Verkündigung und die zweite die Auflassung vor der Stadtbuchbehörde, wenn die Verkündigungsfrist abgelaufen ist; sollten sie diese letztere weigern oder in derselben säumig sein, so gilt die gesetzte Partitionsfrist auch rücksichtlich dieser, und die Execution wird nach Ablauf derselben eintreten. — Die Kläger aber haben, wie sich wohl von selbst versteht, in keiner Weise kundgegeben, daß sie nur die Verkündigung und nicht auch die Verlassung wollten.

Digitized by Google

III. Staats- und Kirchenrecht.

39. Predigerwittwenhaus. Gu. $636/_{1875}$.

Das zur Pfarre in G. gehörende Wittwenhaus war beim Tode des Pastors K. (1864) so verfallen, daß dessen Wittwe es nicht hätte beziehen können. Da sie ohnehin der Erziehung ihrer Kinder wegen einstweilen in einer größeren Stadt ihren Aufenthalt nehmen wollte, entschloß sie sich, das Wittwenhaus an die Gutsherrschaft des Pfarrdorfs zur Unterbringung von Tagelöhnern um einen Jahreszins von 16 Thlr. zu vermiethen. Als nach zehnjähriger Dauer das Miethsverhältniß aufgelöst wurde, entstanden über die Erhaltung des Gebäudes Differenzen, welche dazu führten, daß der Procurator der Kirche gegen deren Patron Klage erhob und beantragte, den Beklagten zu verurtheilen, daß er das Pfarrwittwenhaus mit dem für eine Pfarrerwittwe ausreichenden Zubehör bei der Unzulänglichkeit des Kirchenärars durch Patronats- und Parochial-Beiträge nach Maßgabe des Gesetzes vom 27. December 1824 in bewohnbaren Stand setze und der Wittwe zur Verfügung stelle.

Das diesem Antrage entsprechende erstinstanzliche Erkenntniß wurde vom Oberappellationsgericht durch Bescheid vom 7. October 1875 aus folgenden Gründen bestätigt.

Mit vollem Rechte ist in dem angefochtenen Erkenntnisse angenommen, daß die Fol. 279 der Revidirten Kirchenordnung begründete Obliegenheit, eine Predigerwittwenwohnung zu halten, eine ganz allgemeine, von der Existenz einer berechtigten Wittwe, sowie von dem Umstande, ob die zur Zeit vorhandene Wittwe die Wohnung selbst bewohnt, oder in einem bestimmten Zeitpunkte zu beziehen Willens ist, völlig unabhängige ist. Der Beklagte hat nicht bestritten, daß das

Digitized by Google

in G. befindliche Predigerwittwenhaus sowohl seiner augenblicklichen Beschaffenheit nach reparaturbedürftig, als in seiner jetzigen Einrichtung nicht geeignet ist, einer Predigerwittwe als angemessene Wohnung zu dienen, und folgt daraus, daß der Fall eines gegenwärtigen kirchenordnungsmäßigen Baubedürfnisses gegeben ist. In einem solchen Falle steht es aber dem Kirchenregimente zu, auf die Ausführung des erforderlichen Baues zu halten, und es liegt dem Patron der Kirche ob, die Ausführung zu bewerkstelligen und dazu event. in Gemäßheit der sich auf die Predigerwittwenhäuser ausdrücklich mit beziehenden Verordnung vom 27. December 1824 die behufigen Einleitungen zu treffen. Von einer ausschließlichen oder auch nur von einer Beitragspflicht der Beneficiaten zu den Pfarrbauten, insbesondere der Predigerwittwen zu den Kosten der Erbauung oder Reparatur der Wittwenhäuser, besagt die gedachte, die Baulast hinsichtlich der geistlichen Gebäude allgemein regulirende Verordnung nichts, und ist daher auch in dem vorliegenden Falle dem vorhandenen Baubedürfnisse in dem daselbst vorgeschriebenen Wege zu genügen. Ebensowenig enthält die Revidirte Kirchenordnung abweichende Bestimmungen. Fol. 279 wird angeordnet, daß, wo bisher keine Wohnungen für die Predigerwittwe gewesen, solche förderlichst von den Vorstehern und Kirchspiel gebaut werden sollen, und wenn hinzugefügt ist, daß, wenn keine Priesterwittwen darin wohnen, die Juraten die Heuer davon haben und das Gebäude damit erhalten sollen, so ist dabei vorausgesetzt, daß eine etwa vorhandene Predigerwittwe das Wittwenhaus, der Bestimmung und Regel gemäß, auch wirklich bewohnen werde. Es ist daher mit jenem Zusatze allein der Fall berücksichtigt, daß eine berechtigte Predigerwittwe überall nicht existirt, für welchen Fall es einer Bestimmung darüber bedurfte, wem die davon zu erzielende Miethe zukomme, da es sich keineswegs von selbst verstand, daß die Juraten solche zu beziehen hätten, sondern namentlich denkbar blieb, daß der zeitweilige Prediger einen Anspruch darauf habe, oder daß aus den Miethsrevenuen ein zur Sustentation der demnächstigen

Digitized by Google

etwaigen Wittwen dienender Fonds anzusammeln sei. Der Predigerwittwe ist in dem vorhergehenden Absatz die Zusicherung ertheilt, daß sie nach Ablauf des Gnadenjahres die Kirchenwohnung frei genießen und die Zeit ihres Wittwenstandes mit keinen Schatzungen oder anderen Beschwerungen belegt werden solle. Damit ist auch hier ihre völlige Befreiung von jeder Reparaturpflicht ausdrücklich anerkannt. Der von der Wittwe des Präpositus K. zu G. mit dem verstorbenen Gutsbesitzer v. F. auf G. im Jahre 1864 abgeschlossene und bis Michaelis 1874 bestandene Miethscontract ist vom Beklagten ausdrücklich genehmigt. Derselbe ist nicht berechtigt, daraus Einwendungen gegen die Herstellung des Predigerwittwenhauses zu einem entsprechenden Wittwensitze oder gegen die Aufbringung der Reparaturkosten in dem durch die Verordnung vom 27. December 1824 vorgeschriebenen Wege zu entnehmen, am wenigsten dem im Auftrage des Oberkirchenraths agirenden und die Einrichtung einer kirchenordnungsmäßigen Predigerwittwenwohnung verlangenden Kläger gegenüber.

E. E. J. h.
4/24/02

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google